الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الحاج لخضر - باتنة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية
قسم العلوم الإسلامية
نيابة العمادة لما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

تعــــويــــض الضـــــرر

الناتج عن العلاقة الزوجية

(دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)

رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية

تخصص: فقه وأصول

إعداد الطالب:
محمــد يـــوب

إشراف:
أ.د. مسعود بن موسى فلوسي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	مؤسسة العمل	الصفة
عبد الكريم حامدي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر	رئيسا
مسعود فلوسي	أستاذ التعليم العالي	جامعة الحاج لخضر	مشرفا
صليحة بن عاشور	أستاذ محاضر أ	جامعة الحاج لخضر	عضوا
نذير حامادو	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة	عضوا
عبد الرؤوف دبابش	أستاذ محاضر أ	جامعة محمد خيضر بسكرة	عضوا
مراد كاملي	أستاذ محاضر أ	جامعة محمد الصديق بن يحي	عضوا

السنة الجامعية:

1433-1434 هـ / 2012 ـ 2013 م



﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ۝١﴾ **سورة النساء الآية 1**

الإهداء

إلى من سهرت على تربيتي ،إلى أغلى من في الدنيا **أمي العزيزة**

إلى روح والدي رحمة الله عليه

إلى من وقفت إلى جانبي ودعمتني زوجتي الغالية

إلى أبنائي زينب ، تاج الدين ،جمانة وتقوى

إلى كل الأحبة والأصدقاء أهدي هذا البحث

محمد يوب

شكر وتقدير

الشكر لله أولا وآخرا ،والحمد له حمدا يليق بجلاله ولا منتهى لحده،هو الذي أسبغ عليَّ النعم ظاهرة وباطنة ،وهداني ووفقني لطلب العلم ،فله الحمد حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه .

ثم بعد ذلك أمتثل حديث الرسول ﷺ حيث قال :"**لا يشكر الله من لا يشكر الناس**" فأشكر أستاذي الفاضل المشرف الدكتور:مسعود فلوسي الذي كان رحب الصدر ،بذل الكثير من وقته في القراءة والتصحيح والتوجيه ،وأجاب عن تساؤلاتي حتى في أوقات راحته ،فله مني خالص الدعاء وجزيل الثناء.

كما أتقدم بالشكر إلى اللجنة المناقشة والتي أعتبر توجيهاتها وانتقاداتها تكميلا للنقص الذي يشوب هذا البحث.

كما أشكر كل من كان عونا لي من خاصتي وأصدقائي وكل من ساهم برأي أو مشورة أو تشجيع ، فاللهم أجزهم عني خير الجزاء إنك سميع مجيب ،ومن الاعتراف بالفضل ورد الجميل إسداء الشكر وبذل الدعاء لجميع أساتذتي الكرام ،الذين نهلت من علومهم أثناء دراستي الجامعية فذكراهم في الذهن ما حييت وحبهم في القلب ما بقيت ،سائلا المولى أن يجمعنا في جنات النعيم.

وفي الختام لا أقول إنني أحطت بهذا الموضوع من جميع جوانبه ،ولكنني أدليت بدلوي ،ونزعت نزعا لا أدعي كماله ،وما أبرئ نفسي من الحيف والخطأ،فإنما أنا بشر ،فما كان من صواب فذاك توفيق من الله ،وتسديده أولا وآخرا ،وما كان من حيف أو خطأ فهذا مني ومن الشيطان، واللهُ ورسوله بريئان من ذلك، فاللهم إني أسألك العفو والغفران عما بدر وكان ،وأسألك يا منّان أن تمنّ علي بأن تجعل عملي هذا لي عندك ذخرا.

المقدمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وتكتمل المقاصد والغايات، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، الفرد الصمد الذي لم يتخذ صاحبة ولا ولدًا وأشهد أن سيدنا محمد عبده ورسوله، الرحمة المهداة والنعمة المسداة تزوج فكان خير البشر للزوجات ، وصلى الله عليه وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

إن للعلاقة الزوجية شأن عظيم؛ ولذلك وصفت بالميثاق الغليظ في قوله ﷻ: ﴿.... وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾ . (سورة النساء: 21) فإن هذه العلاقة تبنى على السكينة، والمودة والمعاشرة بالمعروف والمحبة والرحمة وأداء الحقوق المتبادلة، وهذه المعاني تمثل الأسس التي تحقق المقاصد الشرعية التي شرع من أجلها الزواج كالإحصان وذلك للميول الفطري في كل طرف منهما للآخر، وكذا للمحافظة على الوجود الإنساني.ومن خصائص العلاقة الزوجية الدوام و الاستمرار , ولا يمكن أن تدوم وتستمر إلا إذا سادها التفاهم والتوافق و الاستقرار بين الزوجين. وقد يأتي على هذه العلاقة شيء من التنازع والتخاصم فينتج ضررا يعكر صفوها، و يزعزع استقرارها، ويعطل استمرارها وقد يستمر هذا الضّرر إلى ما بعد انحلال العلاقة الزوجية فيستلزم التعويض عنه، ومن هنا جاء موضوع بحثي لدراسته وتحليله ومعالجته ومقارنته والتدقيق في عناصره، فكان عنوانه:

تعويض الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

- أهمية الموضوع:

إن سوء الفهم وسوء التطبيق للإسلام وشريعته من قبل المسلمين وسوء الظن من قبل غيرهم جعل الكثير من الحاقدين المغرضين يثيرون شبهات حول الإسلام، وخصوصا الأحكام المتعلقة بالأسرة، فيتهمونه بعدم صلاحيته لهذا الزمان تارة ويرمونه بالظلم والجور في حقّ المرأة تارة أخرى، و ينسبون إليه النقص في أحكامه، كعدم تشريعه للتعويض عن الفرقة بين الزوجين... بالرغم من أن الشريعة تتصف بالكمال والرحمة، والعدل، وتحقيق المصالح، ودرء المفاسد، وإعطاء كل ذي حق حقه. وإن حاجة المسلم إلى الفقه في حياته اليومية وخصوصا ما يتعلق بأحكام العلاقة الزوجية التي تعتبر أهم علاقة يقيمها شخص مع غيره، فإذا استقامت استقام المجتمع بأكمله. وقد حرص الإسلام على أن تكون الأسر المسلمة متماسكة متآلفة وبعيدة عن الفرقة والتخاصم، خالية من الأضرار كما أحاط الشارع الحكيم العلاقة الزوجية بجملة من الأحكام، لو أن الناس أخذوا بها وعملوا بها لدفعت عنهم الأضرار وتحقق لهم الاستقرار في حياتهم، ولكن الناس من طبعهم الخطأ والعصيان والتدافع بسبب تعارض مصالحهم، فيحدث أن يضر الزوج بزوجه.

وقد جاء الإسلام لدفع الأضرار وإزالتها والتعويض عنها لحل النزاعات والمشاكل الواقعة، وينبغي على القاضي الذي يحكم في حل هذه النزاعات بين الزوجين أن يعرف أسبابها وطبيعتها ليصل إلى حقيقتها فيحكم بالعدل والمساواة و إزالة الأضرار عن الزوجين و التعويض عنها تعتبر من أكثر القضايا المعروضة في محاكمنا، ومما سبق ذكره تتجلى أهميه هذا الموضوع.

- الإشكالية:

يدور هذا البحث حول عدة تساؤلات ألا وهي:

- ما هي الأضرار التي قد تنتج بين الزوجين؟

- هل يجب الصبر على الأضرار الناتجة؟ أم يجب إزالتها ؟
- ما هي الوسائل التي وضعها الشارع الحكيم لإزالة الأضرار الناتجة؟
- ما هي التعويضات التي أقرها الشارع الحكيم للطرف المتضرر؟

- ما مدى مواكبة قانون الأسرة الجزائري للفقه الإسلامي في معالجة الأضرار و التّعويض عنها؟

- أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اختياري لهذا الموضوع للأسباب التالية:

1- ميلي لدراسة فقه وقانون الأحوال الشخصية .

2- كون الموضوع في حاجة إلى دراسة علمية أكاديمية .

3- جهل كثير من المسلمين لفقه الحياة الزوجية سواء في المحافظة عليها، أو علاج الخلافات التي تقع بين الزوجين، لدفع الأضرار الناجمة.

4- كثرة الخلافات والمشاكل بين الأزواج في البيوت والمحاكم.

5- الرد على الشبهات التي تثار حول قانون الأسرة الجزائري وبيان الثغرات والنقائص و المحاسن الموجودة فيه.

- الأهداف:

1- بيان كيفية جبر الأضرار التي قد تحدث بين الزوجين .

2- بيان سماحة وعدل الشريعة الإسلامية في المساواة بين الزوجين وإزالة الأضرار الناتجة بينهما وإعطاء كل ذي حق حقه.

3- تبيين مدى موافقة و مخالفة قانون الأسرة الجزائري للشريعة الإسلامية في حصر الأضرار وكيفية إزالتها، وطرق التعويض عنها.

4- إضافة بحث جديد للدراسات السابقة في هذا الموضوع.

- **الدراسات السابقة:**

حسب استقرائي للكتب الفقهية القديمة؛ وكذا الدراسات الفقهية الحديثة بحثا عن إيجاد دراسة سابقة لهذا الموضوع ، لم أعثر على دراسة جامعة لكل أجزائه وحيثياته، وإنما عثرت على جزئيات متناثرة بين مختلف المؤلفات في الكتب الفقهية الحديثة المقارنة بقوانين الأحوال الشخصية ومن بين المؤلفين الذين درسوا جوانب من هذا الموضوع:

الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية، والشيخ وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته, وأحمد الغندور في كتابه الطلاق، وبدران أبو العينين بدران في كتابه الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، ومحمد بوساق في كتابه التعويض عن الضرر إلى غير ذلك من المؤلفات والكتب الفقهية العامة، إلا أنه كما ذكرتُ سابقا نجد بعضها قد تناول مباحث وأغفل أخرى إلى جانب عدم وجود دراسة متخصصة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، وكذا التغيرات الاجتماعية التي أثرت على العلاقة الأسرية فكانت مني هذه الدراسة لمحاولة جمع أجزاء هذا الموضوع وضم شتاته المبعثر في بحث أكاديمي.

- **منهج البحث:**

لقد اتبعت في هذا البحث ثلاثة مناهج، وذلك للحاجة التي تمليها طبيعة هذا الموضوع فبدأت بالمنهج الاستقرائي وقمت بتتبع الجزئيات المبعثرة في الكتب الفقهية القديمة والحديثة المتعلقة بالموضوع.

كما اعتمدت المنهج التحليلي فقمت بتحليل النصوص التي يتطلب الموضوع تحليلها بالإضافة إلى الاعتماد على المنهج المقارن فقمت بمقارنة المذاهب الفقهية فيما بينها من جهة ثم مقارنتها بقانون الأسرة الجزائري من جهة ثانية.

وبهذا يكون المنهج المتبع في الدراسة استقرائيا تحليليا مقارنا.

- **منهجية البحث:**

كما التزمت في دراستي هذه منهجية وضوابط معينة وهي:

- **و**ثقت جميع النقول بالرجوع إلى المصادر والمراجع المعتمدة، حيث ذكرت اسم

المؤلف وعنوان كتابه وتحقيقه إن وجد، وكذا أشرت إلى دار النشر التي طبعته و عنوانها مع الإشارة إلى عدد الطبعة و تاريخها إن وجد،ووضعت رمز دط عند عدم وجود رقم الطبعة ،ورمز د ت عند انعدام تاريخ الطبع ،ورمز دط ت عند انعدام رقم الطبعة وتاريخها ، ورمز المجبد م رمز الجزء ج ورمز الصفحة ص.

- ترجمت لأكثر الأعلام الذين وردت أسماؤهم في الرسالة لتعريف القارئ بهم، أما من كانت أسماؤهم مشتهرة ككبار الصحابة وبعض التابعين والأئمة الأعلام والمتأخرين من العلماء ممن يعرفون لدى العام والخاص فقد استغنيت عن التعريف بهم لشهرتهم .
- استشهدت بأقوال العلماء في بعض جوانب الدراسة ووضعت كلامهم الحرفي بين مزدوجتين.
- قمت بعزو الآيات القرآنية الواردة في المذكرة في صلب الموضوع ووضعتها بين قوسين مزخرفين.
- قمت بفهرسة الآيات والأحاديث والأعلام المترجم لهم بحسب الترتيب الأبجدي.
- اعتمدت في تخريج الأحاديث والآثار على مصادرها الأصلية، فإن كان الحديث في الصحيحين اكتفيت بتخريجه منهما، وإن كان في أحدهما اكتفيت به دون بقية كتب الحديث الأخرى، أما إذا لم يكن الحديث أو الأثر في الصحيحين خرجته من كتب الحديث المعتمدة على حسب ما تيسّر.

- خطة البحث

تشتمل هذه الرسالة على ثلاثة فصول تشدّها مقدمة وخاتمة، ففي الفصل الأول تكلمت عن التعويض عن الضرر ومفهومه وأنواعه ، وقسّمته إلى مبحثين، وقسّمت كل مبحث إلى ثلاثة مطالب، ففي المبحث الأول، تناولت تعريف الضرر في اللغة وفي الاصطلاح، وذكرت نوعي الضرر – المادي والمعنوي - وجبر الضرر بإزالته. أما في المبحث الثاني فتناولت تعريف التعويض في اللغة وفي الاصطلاح وأسباب التعويض وأنواعه ومشروعية التعويض عن الضرر.

أما في الفصل الثاني، فتكلمت عن إزالة الأضرار الناتجة أثناء العلاقة الزوجية، التي أجاز الشارع إزالتها بالفرقة، مع مقارنتها بقانون الأسرة الجزائري، و قسمت الفصل إلى خمسة مباحث، ففي المبحث الأول عرفت النفقةوذكرت أدلة مشروعيتها وشروط وجوبها للزوجة على زوجها ، وبينت إزالة الضرر الناتج عن انعدام النفقة، بإعسار الزوج أو بامتناعه على نفقة زوجته، وقسّمت المبحث إلى أربعة مطالب. أما في المبحث الثاني، فتناولت تعريف العيب وأنواعه، وإزالة الضرر الناتج عنه بالعلاج أو بالفرقة، وقسّمته إلى مطلبين. وأمّا في المبحث الثالث فتطرقت إلى مفهوم نشوز الزوجة وموانع وقوع ضرر النشوز، و وسائل إزالته، وقسمت المبحث إلى خمسة مطالب.أما في المبحث الرابع فبينت مفهوم نشوز الزوج، و وسائل الزوجة لإزالة ضرر نشوز زوجها، وقسمته إلى أربعة مطالب. و أمّا في المبحث الخامس فتعرضت لإزالة الضرر الناتج عن انعدام المعاشرة، بسبب غيبة الزوج، أو حبسه، أو فقدانه، وقسّمته إلى ثلاثة مطالب

وأما في الفصل الثالث، تناولت التعويضات عن الأضرار الناتجة عن حل العلاقة الزوجية والتي أقرتها الشريعة، و قارنتها بقانون الأسرة الجزائري، وقسمت الفصل إلى ستة مباحث ،وقسمت كل مبحث إلى ثلاثة مطالب. ففي المبحث الأول، تكلمت عن مفهوم المهر ومشروعيته، واستحقاق المطلقة للتعويض به، قبل الخلوة وبعدها، وبعد الدخول بها، وحق المتوفى عنها زوجها في التعويض بالمهر,. وأما

في المبحث الثاني فتناولت مفهوم المتعة ومشروعيتها لتعويض المطلّقة ومقدارها وقسّمته إلى ثلاثة مطالب. وأما في المبحث الثالث فتناولت مفهوم العدة ومشروعيتها واستحقاق المعتدّة للتعويض بالنفقة، وقسّمته إلى ثلاثة مطالب. وأما في المبحث الرابع، فتناولت مفهوم الرضاع ومشروعية الإجبار عليه، واستحقاق المطلقة المُرضع للتعويض بأجرة الرضاع وقسّمته إلى ثلاثة مطالب.وأما في المبحث الخامس، فتناولت مفهوم الحضانة ومشروعيتها وشروطها، واستحقاق المطلقة للتعويض بأجرة الحضانة والسكن ، وقسمته إلى ثلاثة مطالب.وأما في المبحث السادس، فتناولت مفهوم الخلع، ومشروعيته وشروطه، واستحقاق الزوج المُخالع للتعويض ببدل الخلع.

الفصل الأول

التعويض عن الضرر:مفهومه وأنواعه

إنّ لدراسة أيّ بحث والولوج إلى عناصره وجزئياته، وللإجابة على إشكالياته ينبغي التعرف على مفاهيم مصطلحاته الأساسية، ولذلك جعلت هذا الفصل تمهيدا للموضوع، وقسّمته إلى مبحثين .

المبحث الأول: تعريف الضرر و أنواعه و دفعه

المبحث الثاني: تعريف التعويض و أسبابه وأنواعه ومشروعيته

المبحث الأول

تعريف الضرر وأنواعه ودفعه

سأتطرق في هذا المبحث لتعاريف الضرر التي أوردها علماء اللغة، وفقهاء الشريعة مع مناقشتها، وأبين أنواع الضرر- المادي والمعنوي- وأقسام وصور كل نوع على حده وأن هذا الضرر مهما كان نوعه، إذا ألحقه الشخص بغيره فالشريعة الإسلامية تحرم هذا الفعل وتوجب جبره بإزالته.على أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تعريف الضرر

المطلب الثاني: أنواع الضرر

المطلب الثالث: دفع الضرر

المطلب الأول: تعريف الضرر

الفرع الأول: تعريف الضرر في اللغة

ورد في لسان العرب: الضرّ ضد النفع، والضرّ بالضم الهزال و سوء الحال، و المضرة خلاف المَنفعة، الضرّ ُوالضُّرُ لغتان ضد النفع، والضراء نقيض السَّراء.[1]

وجاء في المصباح المنير: أنّ الضُرّ َبمعنى الفاقة والفقر، والاسم الضّرر، ويطلق على نقص يدخُلُ الأعيان.[2]

وجاء في تاج العروس: الضرر بمعنى الشدة و الزمانة[3].

وورد في محيط المحيط : ضرّه وضرّ به ضرّا، ضد نفعه أي جلب إليه الضَّرر، والضَّرّ بالفتح مصدر وبالضم اسم، ويقال أضَّرني فلان إذا دنا مني دنوا شديدا، وأضرّ الرجل راحت عليه ضرة في المال، والضرر سوء الحال والضيق والنقصان يدخل في الشيء[4].

وبعد ذكر هذه التعاريف يتبين لي بأن الضرر في اللغة يحمل عدة معاني، من أهمها وأشهرها استعمالا الضر ضد النفع، ويستعمل الضرر لإفادة معنى النقص في الأموال والأنفس، ويستعمل كذلك بمعنى الهزال وشدة الحال، كما يستعمل للدلالة على القحط والسنة.

1- ابن منظور جمال الدين: **لسان العرب**، دار بيروت للطباعة و النشر، بيروت، (د ط ت)، م4، مادة (ضرر)، ص 482-483.

2 – الرافعي: **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، دار الفكر للطباعة و النشر، القاهرة، (د ط ت)، ج2، ص 360.

3- الزبيدي محمد مرتضى: **تاج العروس**، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، (1306هـ)ج3، مادة (ضرر)، ص 348-349. وابن منظور: مصدر السابق، م4، مادة (ضرر)، ص 483.

4- بطرس البستاني: **محيط المحيط**، مكتبة لبنان، بيروت، طبعة (1242هـ- 1870م)، ج2، ص124.

كما ذكرت معاجم اللّغة بأن من معاني الضرر الزمانة أي المرض، والدنو بمعنى القرب الشديد، وبعض هذه المعاني اللغوية للفظ الضرر وردت في آيات قرآنية وأحاديث نبوية، أذكر منها:

قال الله ﷻ :﴿... قُلْ فَمَن يَمْلِكُ لَكُم مِّنَ ٱللَّهِ شَيْـًٔا إِنْ أَرَادَ بِكُمْ ضَرًّا أَوْ أَرَادَ بِكُمْ نَفْعًۢا ﴾[1].

ذكرت هذه الآية الضرّ مقابلا للنفع و هو المعنى الشائع في الاستعمال.

و قول الله ﷻ: ﴿ وَإِذَا مَسَّ ٱلْإِنسَـٰنَ ٱلضُّرُّ دَعَانَا لِجَنۢبِهِۦٓ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَآئِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُۥ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَآ إِلَىٰ ضُرٍّ مَّسَّهُۥ ﴾.[2]

والضرّ في هذه الآية بمعنى المرض و الشدة.

و منها أيضًا قول الله ﷻ:﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ ﴾[3].

و منها قوله ﷻ:﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾[4].

وقول الله ﷻ:﴿لَّا يَسْتَوِى ٱلْقَـٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُو۟لِى ٱلضَّرَرِ وَٱلْمُجَـٰهِدُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ

1- سورة الفتح:الآية 11.
2- سورة يونس: الآية 12.
3- سورة البقرة: الآية 282.
4- سورة البقرة: الآية 233.

بِأَمۡوَٰلِهِمۡ وَأَنفُسِهِمۡ ﴾ [1].

وقوله ﷻ: ﴿ لَن يَضُرُّوكُمۡ إِلَّآ أَذٗى ﴾[2].

و من الأحاديث التي استعملت لفظ الضرر نذكر منها ما يلي:

قول النبي ﷺ: [لا ضَرَرَ ولا ضِرَار][3].

وأيضا قول الرسول ﷺ: [إنّ الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيُضَارَانِ في الوصية فتجب لهما النار][4].

1- سورة النساء: الآية 95.

2- سورة أل عمران ،الآية 111.

3- رواه ابن ماجه في سننه مسندا عن عبادة بن الصامت وابن عباس، كتاب الأقضية، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ينظر: ابن ماجه بتعليق الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، لصاحبها سعد بن عبد الرحمن الراشد، الرياض، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى، ص 400. ورواه الإمام أحمد في المسند عن ابن عباس أيضا، مسند بني هاشم، مسند عبد الله بن عباس، تعليق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى (1416هـ- 1996م)، ج5، ص55. ورواه غيرهما مسندا أيضا، كما رواه الإمام مالك في الموطأ مرسلا من طريق عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه عن النبي - ﷺ-، ينظر الموطأ برواية الليثي، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، تح: د. بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، (1417هـ- 1997م)، ج2، ص290. وأورده ابن حجر في تلخيص الحبير ولم يعلق عليه، كتاب القضاء، باب القسمة، تعليق: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، الطبعة الأولى،(1416هـ- 1995م)، ج4، ص362. والحديث صححه الألباني في إرواء الغليل، إشراف محمد زهير الشاويش، دار المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى،(1409 هـ- 1989م)، ج3، ص408.

4- رواه أبو داود في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية، ينظر: سنن أبي داود بتعليق الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، لصاحبها سعد بن عبد الرحمن الراشد، الرياض، ص509. ورواه الترمذي في سننه، أبواب الوصايا، باب ما جاء في الضرار في الوصية، وقال: هذا حديث حسن غريب، ينظر سنن الترمذي بتعليق الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، لصاحبها سعد بن عبد الرحمن الراشد، الرياض، ص 478.

وقول النبيﷺ: [لا يتمنين أحدكم الموت لِضررٍ نزل به، فإن كان لابد متمنيا فليقل اللهم أحيني ما كانت الحياة خيرًا لي وتوفني إن كانت الوفاة خيرًا لي][1].

والحديث فيه التصريح بكراهية تمني الإنسان الموت لضر نزل به من مرض أو محنة من عدو أو نحو ذلك من مشاق الحياة الدنيا.

الفرع الثاني: تعريف الضرر في الاصطلاح

تعرضت كثير من كتب الفقه لتعريف لفظ الضرر، إلا أنّني وجدها غير متطابقة في معانيها، فكل فقيه يعرف لفظ الضرر حسب المسألة التي يتناولها، وفيما يلي أذكر بعض هذه التعاريف، ثم أتناولها بالمناقشة :

"الضرر هو الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربو عليه و هو نقيض النفع"[2].

"الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة"[3].

"الضرر هو إلحاق مفسدة بالغير"[4].

1- رواه البخاري في صحيحه، كتاب المرضى، باب تمني المريض الموت اعتنى به محمد الناصر بن الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (1422هـ،2002م)ج7، ص 120-121. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب العزم في الدعاء ولا يقول إن شئت، ينظر مسلم بشرح النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1392هـ-1772م، ج17، ص7.

2- ابن العربي ابو بكر: أحكام القرآن تحقيق علي محمد البجاوي القاهرة، دار الفكر ط 3 سنة 1972 م 1 ص 54.

3- الباجي أبو الوليد: المنتقى شرح الموطأ، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1332هـ ج6 ، ص40.

4- المناوي عبد الرؤوف: **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية، (1392هـ، 1972م)، ج6، ص 43.

"الضرر هو النقص الذي يلحقه الرجل في شيء أخيه[1]".

"الضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين مطلقا"[2].

"الضرر هو ما تضر به صاحبك وتنتفع به أنت"[3].

"الضرر هو النقص في النفس والأطراف و العرض والمال"[4]

مناقشة هذه التعاريف:

إن التعاريف التي وضعها فقهاء المسلمين للفظ الضرر لا تدل على المعنى الواسع لهذه الكلمة، فالتعاريف التي استعملت لفظ الضرر مقابل النفع يؤخذ عليها أنها ليس كل ما كان ضدّ النفع يعدّ ضررا. لأن فعل الضرر قد يكون نافعا إذا كانت المصلحة المرجوة من ورائه مشروعة, فالمريض الذي يتجرع الدواء المُرّ لا يعدّ فعله ضررًا، لأنه يرجو من ورائه الشفاء .

و الطبيب الذي يبتر عضوا من مريض لا يرجى شفاؤه لا يعدّ بتره ضررا، إنما يقصد من وراء ذلك حماية سائر جسد المريض وحفظ حياته. فالتّعاريف التي حصرت معنى الضرر في إلحاقه بالغير, يعتبر هذا الحصر مأخذا عليها؛ لأن الضرر قد يتحقق على ذات صاحبه أيضا، ولذلك أحلَّ الله -ﷻ- الفطر للمريض والمسافر في شهر رمضان دفعا للضرر الذي يلحق الصائم.

1- ابن القاسم عبد الرحمان بن محمد: **إحكام الأحكام شرح أصول الأحكام**، المطبعة التعاونية بدمشق، مجلد3، (د ط ت)، ص83.

2-الشوكاني: نيل الأوطار دار العلم، بيروت،(د ط ت)، ج5، ص383.

3- ابن الأثير الجزري : **النهاية في غريب الحديث و الأثر**، دار إحياء الكتب العربية، عيسى طلباب الحلبي و شركاؤه، سوريا، (د ط ت)، ج6، ص 40-41.

4-أحمد بن محمد الحنفي الحموي: **غمز عيون البصائر شرح الأشباه و النظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1405هـ- 1985م)، ج1، ص118.

قال الله ﷻ:﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾[1].

و أحلَ الله أكل الميتة للمضطر حفاظا على حياته.

قال الله ﷻ: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[2].

وحرم الله ﷻعلى المسلم أن يقتل نفسه، أو يقطع عضوا من أعضائه، مصداقا لقوله –ﷻ : ﴿ تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوٓا۟ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾[3].

و التعاريف التي أثبتت لفاعل الضَّرَر المنفعة يؤخذ عليها أنها لم تَعتبر الضرر إلاّ من الفاعل المتعمّد الذي يقصد المنفعة، أما المتسبب في الضرر بالخطأ لا تعتبر فعله ضررا لأن المخطئ لا يرجو من وراء فعله الضار منفعة، ولكنه يحقق ضررا. للمعتدى عليه، سواء كان الضر في نفسه، أو ماله، أو عرضه، مصداقا لقول الله - ﷻ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾ [4].

وقول النبي-ﷺ:[لا يأخذ أحدكم متاع أخيه جادا ،أو لاعبا فإذا أخذ أحدكم عَصَا أخيه فليَرُدَهَا عليه][5] .

1– سورة البقرة، الآية 185.

2- سورة البقرة، الآية 173.

3- سورة البقرة، الآية: 195.

4- سورة النساء: الآية:92.

5- رواه أبو داوود في سننه، كتاب الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح، و حسنه الألباني، ينظر سنن أبي داود بتعليق الألباني، مصدر سابق، ص 904–905.

وحتى الضرر الذي يتسبب فيه الحيوان وهو غير مكلف يعتبره الشرع ضررا موجبا للتعويض على صاحبه ,مصداقا لقول النبيﷺ: [إن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها][1]، وهناك من الفقهاء المتأخرين من وضع تعريفا للضرر يحمل المعنى الواسع للفعل الضار الذي يوجب التعويض، ومنهم علي الخفيف الذي وضع تعريفا للضرر الواقع على المال فقال:« المراد بالضرر كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أو نقص منافعها أو من زوال بعض أوصافها و نحو ذلك مما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث الضرر »[2] . و هذا التعريف لا يشمل الضرر المعنوي الذي يقع على العرض و العاطفة، ولعل أفضل التعارف للفظ الضرر في الاصطلاح هو ما وضعه وهبه الزحيلي:« الضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين أو هو كل أذى يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته»[3]. وهذا التعريف يعتبر تعريفًا شاملا لمعنى لفظ الضرر الذي يشمل الضرر المادي، والضرر المعنوي، ويشمل الضرر بفعل العمد، وكذلك بفعل الخطأ، ويشمل الفعل الضار الواقع على ذات الفاعل وذات غيره. وقد وضع بعض المتأخرين تعريفا للضرر الناتج عن العلاقة الزوجية وهو أحد مفردات البحث، ومنها ما جاء في كتاب المفصّل:« ويمكن أن نعرف الضرر الذي يلحق الزوجة من زوجها ويبيح لها طلب التفريق بسببه بأنه كل ما

1- أخرجه أبو داود في الاجارة باب المواشي تفسد زرع قوم ، وقال الالباني صحيح ، المصدر نفسه، ص 640. و رواه ابن ماجة في سننه، كتاب الأحكام، باب: الحكم فيما أفسدت المواشي، و صححه الألباني، مصدر سابق، ص 399.

2- علي الخفيف:**الضمان في الفقه الإسلامي**، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط سنة(1420هـــ ,2000م)، ص46.

3- وهبة الزحيلي : **نظرية الضمان**، دار الفكر، دمشق ، سنة (1402هـــ ، 1982م)، (د ط)، ص 25.

يلحق الأذى والألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك»[1]، وقد عرفه وهبة الزحيلي في كتابه الفقه الإسلامي وأدلته عند كلامه عن الضرر الذي بموجبه يمكن للزوجة أن تطلب التفريق من القاضي فقال: «الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول والضرب المبرح والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه ونحوه».[2]

وبعد عرض ومناقشة التعاريف السابقة، يمكننا أن نضع تعريفا للفظ الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية و يكون كما يلي: "الضرر هو إلحاق أحد الزوجين بالآخر مفسدة في جسمه أو ماله أو عرضه أو عاطفته أو شعوره".

المطلب الثاني: أنواع الضرر

ينقسم الضرر إلى قسمين: ضرر مادي وضرر معنوي وهذا ما سنتناوله في فرعين:

الفرع الأول: الضرر المادي

– **تعريفه:** عرف بعدة تعاريف، نذكر منها:

وهو "إخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية"[3]، أو "هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو بمصلحة سواء أكان الحق ماليا أو غير مالي، كالمساس بسلامة الجسم إذا ترتب

1–عبد الكريم زيدان: **المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم**، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة(1420 هـ ، 2000 م)، ج8، ص438.

2– وهبة الزحيلي: **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية،سنة (1405هـ ، 1985م)، ج7، ص527.

3– عبد الرزاق السنهوري: **الموجز في النظرية العامة للالتزام**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، (د ت)، ج1، ص855.

عليه خسارة مالية"[1]، أو "هو عبارة عما يصيب المعتدى عليه من الأذى فيتلف له نفسا أو عضوا أو مالا متقوما محترما"[2]، وينقسم إلى قسمين: ضرر جسدي وضرر مالي.

القسم الأول: الضرر الجسدي

"هو ما كان محلّه جسد الإنسان سواء أكان بإبانة عضو من الأعضاء، أم بتعطيل معنى من المعاني، أو جرح أو تشويه ينقص الجمال، أو عاهة تقعد عن العمل والكسب"[3]، وقد يؤدي الضرر الجسدي إلى الوفاة، كما قد يؤدي إلى العجز.

أ- الضرر الجسدي المؤدي إلى الوفاة :

ويسمى كذلك بالضرر الجسدي المميت، وهو ضرر إزهاق الروح بسبب عمل غير مشروع ارتكبه الغير على جسد الإنسان فتتعطل جميع وظائف الجسد، إذ يعتبر عدوانا على حق الإنسان في الحياة، فنصت كل التشريعات القانونية على هذا الحق، كما نصت عليه أيضا المواثيق العالمية، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1948م، كما منعت جميع الشرائع السماوية الاعتداء على الروح بإزهاقها؛ لأنها من خلق الله ويعتبر الاعتداء عليها عدوانا على حقوق الله[4].

1- العربي بلحاج: **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، (د ط),سنة (1419 هـــ ، 1999م)، ج2، ص72.

2- سيد أمين محمد: **المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن:** رسالة دكتوراه في الحقوق (في فقه الشريعة)، جامعة القاهرة، سنة(1384هـــ 1964م)، (د ط)، ص39.

3- محمد بن المدني بوساق : **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي**، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثانية، سنة(1428 هـــ، 2007 م)، ص39.

4- منذر فاضل: **النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية،** مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة(1416هـــ ، 1996م)، (د ط)، ج1، ص40.

ويعتبر إزهاق الروح أو قتل النفس من أكبر الكبائر، ولقد توعد الله سبحانه وتعالى القاتل بالعذاب الشديد، والخلود في النار، قال ﷻ: ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾[1]

كما أن الله ﷻ شرع عقوبة القصاص منعا للتعدي على أجساد الناس وأرواحهم فقال: ﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [2]

ب- **الضرر الجسدي المؤدي إلى العجز:**

يسمى كذلك بالضرر الجسدي غير المميت، وهو تلك الإصابة اللاحقة بجسد الإنسان وما يترتب عنه من عجز جسماني، كإتلاف عضو من الأعضاء أو الانتقاص منه، أو إحداث جرح، أو التسبب بالعجز الكامل، أو التعطيل عن العمل.[3]

وقد منع الله سبحانه وتعالى الاعتداء على أطراف الإنسان وحواسه فشرع عقوبة القصاص في الحواس والأطراف، قال ﷻ: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[4].

ومن أمثلة إلحاق الضرر بجسد الزوجة، أو الزوج الضرب باليد أو بآلة وإحداث جرح في الجسد أو كدمة أو كسر ونحو ذلك، ومن الضرر الجسدي أيضا إلحاق الأذى بالبدن بغير الضرب، كإلقاء الماء الحار أو صب الزيت المغلي، أو

1-سورة النساء: الآية 93.

2-سورة البقرة: الآية 179.

3-علي عصام غصن: **الخطأ الطبي**، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية،سنة(1431 هـ، 2010م)، ص180.

4-سورة المائدة: الآية 45.

الشنق أو دس السم في الطعام أو وضع المخدر في الشراب، وغير ذلك من الأمثلة المستحدثة في عصرنا.

القسم الثاني: الضرر المالي

تعريف: "وهو ما كان محلّه مالا سواء أكان حيوانا أم منقولا أم عقارا، و سواء أكان الضرر الذي لحق به إتلافا تاما للذات أم تعطيلا لبعض الصفات، أم حدوث نقص فيها أو تعييب حيث يخرج المال من أن يكون منتفعا به المنفعة المطلوبة، أو أدى ذلك إلى نقصان قيمته".[1]

وعرفه آخر فقال:« هو الضرر الذي يصيب الإنسان في كيانه المالي فيطال حقوق أو مصالح له ذات صفة مالية أو اقتصادية من جراء الحادث الضار" أي يتجلى في الأصل بخسارة تحصل أو مصاريف تبذل أو بخلل في الذمة المالية يطرأ أو بتفويت فرصة، أو بفقدان الدخل كله أو بعضه، أو بضياع كسب، أو بانتقال الحيازة ومنافعها من يد صاحبها إلى الغير دون وجه حق، أو بالحد من مورد المزايا المالية التي كان يخولها لصاحبه قبل المساس به.[2]

و يصيب الضرر المالي الذمة المالية للمضرور فيؤدي إلى تلفه جزئيا أو كليا أو إلى الانتقاص من قيمته أو تفويت منفعته، ومثاله إتلاف المحاصيل الزراعية، أو غصب الأرض، أو كسر زجاج السيارة وغيرها، فهذا الأذى يسبب للشخص خسارة مالية. يعتبر كذلك من قبيل الأضرار المالية المساس بحق الشخص في حريته أو حقه في العمل أو التنقل التي يوجب القانون التعويض عنها.[3]

1-محمد بوساق : مرجع سابق، ص40.

2-عاطف النقيب: **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء**، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، (د ط)، سنة (1401هـ ، 1981 م)، ص265-266.

3-منذر فاضل، مرجع سابق، ص407.

وقد ينتج الضرر المالي عن الضرر الجسدي من جراء اعتداء الغير عليه، أو نتيجة لخطأ طبي، ومثال ذلك ما يلحق الشخص من خسارة مالية: كمصاريف العلاج والأدوية، أو إجراء عملية جراحية، كما لو أدى التدخل الجراحي إلى إصابة ساق المريض بتعفن فينفق مبالغ مالية من أجل إجراء عملية جراحية، كذلك دفع مبالغ مالية أخرى مقابل إقامته في المستشفى[1]، و ما فاته من كسب نتيجة تعطله عن العمل خلال فترة خضوعه للعلاج وإصلاح الخطأ الطبي[2]، بمعنى إضعاف قدرته على الكسب كليا أو جزئيا بسبب العجز، ويرجع هذا إلى الإصابات البدنية، كالأنداب والتشوهات والحروق.[3]

ويمكن أن يلحق الضرر المالي ذوي المريض في حالة وفاة العائل لهم، أو يثبت أن الشخص المتوفى كان يعوله وقت وفاته، إذ يصاب أولاد المتوفى بضرر مالي بسبب حرمانهم من حقهم في نفقة والدهم، نفس الضرر يصيب أقارب المريض المتوفى متى أثبتوا بأن هذا الأخير كان يعولهم فعلا على نحو دائم ومستمر وأن فرصة الاستمرار في ذلك كانت محققة.[4]

و يشتمل الضرر المالي على عنصرين:

يتمثل الأول: في المصاريف والنفقات التي خسرها المضرور في العلاج وإجراء العملية الجراحية وشراء الأدوية ومصاريف إقامته في المستشفى.

1-عبد الحميد الشواربي: **مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات (المدنية والجنائية والتأديبية)**، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية،سنة (1420هـ ، 2000م)، ص92.

2-منصور عمر المعايطة: **المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية**، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، (د ط)،سنة (1425 هـ، 2004م)، ص59.

3-منذر فاضل: مرجع سابق، ص 407.

4-منير رياض حنا: **المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (د ط)، سنة (1429هـ ، 2008م)،ص180

والثاني: يتمثل في انقطاع دخله الشهري بسبب تعطله عن العمل نتيجة خطأ الجرّاح.

وقد يجتمع الضرر المالي و الضرر الجسدي معا، كما لو أصيب شخص بعاهة مستديمة نتيجة خطأ الطبيب فيشكو ضررا جسديا وضررا ماليا، نظرا لما يتطلبه من علاج ونفقات شراء الأدوية وتعطله عن العمل[1]، كما لو سقط شخص من فوق طاولة العمليات وهو تحت التخدير فأصيب بكسور على مستوى ساقيه، فيشكو المريض ضررا جسديا متمثلا في الكسور، وضررا ماليا متمثلا في المبالغ المالية التي ينفقها في سبيل علاجه وانقطاع دخله الشهري خلال فترة خضوعه للعلاج.

ويعد ضررا ماديّا المساس بالحقّ المالي للشخص، كالحقوق العينية أو الشخصية أو الملكية الفكرية أو الصناعية، إذا نجم عن هذا المساس انتقاص للمزايا المالية التي يخولها واحد من هذه الحقوق، أما إذا لم يترتب مثل هذا الانتقاص فإن المساس يرتب ضررا أدبيا فقط.[2]

كما أن كل مساس بحقّ من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان، كالحرية الشخصية وحق العمل خاصة عمل المرأة إذا كان ضمن شروط عقد الزواج، إذا كان يترتب على هذا خسارة مالية يعدّ ضررا ماديا.

الفرع الثاني: الضرر المعنوي

تعريف: وهو الضرر الذي يلحق الشخص في حقوقه غير المالية، أو في مصلحة غير مالية فهو ما يصيب الشخص في كرامته، أو شعوره، أوفي شرفه،

1-عصام غصن: مرجع سابق، ص180.

2-العربي بلحاج: **أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط ت)، ج1، ص70.

أو في معتقداته الدينية، أو عاطفته[1]، وسنتحدث في هذا الفرع عن صور الضرر المعنوي بصفة عامة وعن الضرر المعنوي الخاص بالعلاقة الزوجية.

أولا: صور الضرر المعنوي

ينقسم الضرر المعنوي إلى صورتين: ضرر أدبي متصل بضرر مادي، وضرر أدبي مجرد.[2]

الصورة الأولى: ضرر أدبي متصل بضرر مادي

تتجلى هذه الصورة في حالة الاعتداء على الشخص وما يترتب عن ذلك من نقص القدرة على العمل والإنتاج، كبتر يد المعتدى عليه نتيجة إصابتها بفعل الاعتداء، وما يتولد من حزن وغم وأسى عن العدوان على حق الملكية.[3]

وكذلك شعور الشخص إثر إصابته بضرر جسماني بآلام جسدية بسبب العجز الدائم أو المؤقت اللاحق به إثر الاعتداء عليه أو خطأ الطبيب، أو نتيجة سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى، كما يتسبب بهذه الآلام استعمال الطبيب لأدوات وأجهزة طبية عند التدخل الطبي على جسد المريض بصفة خاطئة[4]، تحدث الآلام الجسمانية للمصاب ضررا معنويا بخلاف الضرر المادي مع العلم أن

1-العربي بلحاج: المرجع نفسه، ص71.

2-أنور سلطان: **مصادر الالتزام بالقانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي،** دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، سنة(1428 هـ ،2007م)، ص 347.

3-السنهوري عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني،** جديد منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة،سنة (1420 هـ ، 2000 م)، ص340.

4-طلال عجاج: **المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة،** المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، (د ط)، سنة(1425هـ ، 2004م)، ص374-375.

هناك ارتباطا بينهما وبدون الضرر المادي لا وجود لمثل هذه الآلام[1]، والتي تستوجب التعويض.

الصورة الثانية: الضرر الأدبي المجرد

وتتجلى هذه الصورة في الأضرار الأدبية المجردة من أي أضرار مادية، وتشمل هذه الطائفة الأضرار الأدبية الناتجة عن المساس بالجانب العاطفي للذمة الأدبية، مثل: الآلام النفسية التي يكابدها الوالدان في عاطفتهما بسبب فقد طفلهما[2]، وتشمل كذلك الأضرار الناشئة عن الاعتداء على الشرف والكرامة والعرض والأمانة، كما في القذف والسب وفسخ الخطبة فقد يمسّ الضرر شخصية المجني عليه، وهي تخرج من نتاج الحقوق المالية مع إمكان أن يترتب على ذلك خسارة مالية، كما يحدث في حالة الطعن في أمانة تاجر فإن ذلك قد يجرّ إلى انصراف عملائه عنه فيترتب على ذلك اختلال في وضعه المالي.[3]

كما يتجلى الضرر المعنوي في المساس باعتبار المريض، عندما يقوم الطبيب بإفشاء سر المهنة، فيصاب المريض بضرر يمسّ سمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة[4]، ويلاحظ بأن الضرر المعنوي المجرد قد ينتج عنه ضرر جسدي كما في حالة إخافة شخص لآخر فيصاب بشلل أو مرض ضغط الدم، وقد ينتج عنه ضرر مالي كما في حالة القذف والتشهير الذي يؤدي بالمقذوف إلى فقد عمله فينقطع دخله الشهري.

1-عبد العزيز اللصاصمة : **نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني المقارن**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د ط) ،سنة(1422هـ ، 2002م). ص 113-114.

2-أنور سلطان: مرجع سابق، ص347.

3-عامر حسين : **المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، سنة(1375هـ، 1956م)، ص 318.

4-طلال عجاج : مرجع سابق، ص 374-375.

ثانيا: الأضرار المعنوية بين الزوجين

قد فرضت هذا العنوان في هذا الفرع؛ لأن الأضرار التي تكون بين الزوجين غالبا ما تكون أضرارا معنوية، فالزوج الذي يكره زوجته على تغيير معتقدها الديني، كأن يكون هو مسلما وزوجته مسيحية فيجبرها على الدخول في الإسلام، يعتبر فعله ضررا معنويا يحق للزوجة دفعه عنها لقوله ﷻ: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشۡدُ مِنَ ٱلۡغَيِّۚ﴾.[1]

والزوج الذي يمنع زوجته من ممارسة شعائرها الدينية، كأن يمنعها من ارتداء الحجاب، أو كأن يجبرها على معصية يعتبر منعه أو جبره إياها ضررا معنويا يجب إزالته لقول النبي ﷺ: [لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق][2]

والزوج الذي يسمع زوجته الكلام القبيح من سبّ وشتم لها ولوالديها، أو تشبيهها بما يعتبر شتما لها مثل تشبيهها بالكلب أو الحمار أو تشبيه والديها بذلك يعدّ اعتداؤه ضررا معنويا، ومن الضرر المعنوي أيضا ترك الكلام معها، أوترك المبيت في فراشها دون وجه حق وهو ما يسمى بالهجر، ومنه أيضا ترك وطئها دون مبرر شرعي مثل مرضه، ومن الضرر المعنوي ما يكون بمظهر الزوج،

1-سورة البقرة: الآية 265.

2-رواه أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن مسعود، مسند أحمد، تعليق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1416هـ-1996م) ج6، ص432، و رواه الترمذي في سننه، أبواب الجهاد، باب ما جاء لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، ينظر سنن الترمذي بتعليق الألباني، مصدر سابق، ص398. وصححه الألباني فيه، بلفظ: "عن ابن عمر قال : قال رسول الله -ﷺ- السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية فإن أمر بمعصية فلا سمع عليه ولا طاعة".

مثل إظهار العبوس لها وتقطيب الحاجبين في مواجهتها ورفع الصوت عليها، وعدم الإصغاء لحديثها معه كأن يتشاغل عنها بشيء ما أو يتركها تتكلم ويمضي.[1]

والزوجة التي لا تطيع زوجها في أوامره ونواهيه مادامت في طاعة الله، أو تتمنع عن فراشه أو تخرج من بيته بغير إذنه، أو تمسّ بشرفه وذلك بإظهار زينتها أمام غير المحارم، أو بخيانته في نفسها وماله، أو بتغليظ القول معه أو بسبّه وسبّ والديه وأقاربه أو بنشوزها بإظهار الإعراض والاستعلاء عليه، إلى غير ذلك من الأضرار المعنوية التي قد تحدث بين الزوجين، والتي لا يمكن حصرها.

المطلب الثالث: دفع الضرر

الفرع الأول: تحريم الفعل الضار

وردت أدلة كثيرة من الكتاب والسنة تدل على تحريم الاعتداء على الغير وحضر إلحاق الضرر به في جسده أو ماله أو عرضه نذكر منها:

أولا: الأدلة من الكتاب

قال الله ﷻ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴿٢٩﴾ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ عُدۡوَٰنٗا وَظُلۡمٗا فَسَوۡفَ نُصۡلِيهِ نَارٗاۚ وَكَانَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱللَّهِ يَسِيرًا ﴾[2]

وجه الدلالة :

1-عبد الكريم زيدان : مرجع سابق، ص438.

2- سورة النساء: الآية 29-30.

تدل الآية الكريمة على تحريم أكل أموال الناس بالباطل، أي بأنواع المكاسب التي هي غير شرعية، كأنواع الربا والقمار وما جرى مجرى ذلك من سائر صنوف الحيل، وإن ظهرت في غالب الحكم الشرعي مما يعلم الله أن متعاطيها إنما يريد الحيلة على الربا[1]

قوله ﷻ:﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾[2]

وجه الدلالة :

تدل الآية على أن القصاص إذ أقيم ازدجر الناس عن القتل ونحوه،[3] لأن في القتل ما لا يخفى من الأضرار التي تهدد الحياة بأسرها أفرادا وجماعات.

قولهﷻ:﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ ﴾ [4]

وجه الدلالة :

تدل الآية على أن رمي البريء بالجريمة بذاته كبيرة لما فيها من الاعتداء على حق الغير[5]. وهذه الجريمة في نظر الشريعة الإسلامية أشد ضررا و أعظم

1- ابن كثير عماد الدين: **تفسير القرآن العظيم**، دار الأندلس، بيروت، (د ط ت)،ج 2، ص253.

2- سورة البقرة: الآية 179.

3- عبد المنعم المعروف بابن الفرس الأندلسي: **أحكام القرآن**، تحقيق: طه بن علي بوسريح، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، سنة(1427هـ- 2006 م)، ج1، ص173.

4- سورة النور: الآية 04.

5- محمد الطاهر بن عاشور: **التحرير والتنوير**، دار سحنون، تونس، (د ط)،(1404 هـ ,1984م)، مج3، ج 3، ص 196.

في ميزان الشرع من الأضرار المادية الكبرى.[1]

قوله ﷻ: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ ﴾[2]

وجه الدلالة:

لا يحل أن تضار الوالدة بسبب ولدها، إما أن تمنع من إرضاعه، أو لا تعطى ما يجب لها من النفقة والكسوة والأجرة ﴿وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ ﴾ بأن تمتنع من إرضاعه على وجه المضارة، أو تطلب زيادة على الواجب ونحو ذلك من أنواع الضرر.[3]

قال الله ﷻ:﴿ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ ﴾[4]

وجه الدلالة:

تدل الآية الكريمة على وجوب الإمساك بالمعروف أي إمساك الزوج زوجته بالمعروف، وتحريم مضارة النساء وذلك بتطويل العدة عليهن.[5]

1- مصطفى أحمد الزرقا: **الفعل الضار والضمان فيه دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها،** دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، سنة(1409 هـ- 1988م) ، ص19.

2- سورة البقرة: الآية 233.

3- السعدي: **تيسير الكريم الرحمان**، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1423هـ -2002م). ص 56.

4-سورة البقرة:الآية 231.

5-الجصاص: **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ط)، سنة (1412هـ ، 1992م)، ج2، ص99.

ثانيا: الأدلة من السنة

قوله ﷺ: [لا ضرر ولا ضرار].[1]

يحتمل أن يريد به التأكيد، فيكون معنى الضرر والضرار واحدا ويحتمل أن يريد به لا ضرر على أحد، بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه، ولا يجوز له إضراره بغيره.[2]

قوله ﷺ: [فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا].[3]

وجه الدلالة:

في الحديث تأكيد التحريم وتغليظه بأبلغ ما يمكن من تكرار نحوه،[4] وفي هذا دليل على تحريم العدوان على الأموال والأنفس والأعراض؛ لما ينجر عنه من آثار وأضرار.

قوله ﷺ-لمعاذ[5] :[إن منكم منفرين فأيكم ما صلى بالناس فليتجوز

1-سبق تخريجه. ص 05

2-الباجي: مصدر سابق، ج6، ص40.

3-أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب قول النبي- ﷺ- رب مبلغ أوعى من سامع، مصدر سابق، ج1، ص25. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب المجازاة بالدماء في الآخرة وأنها أول ما يقضى فيه بين الناس يوم القيامة، مصدر سابق، ج11، ص169.

4-ابن حجرالعسقلاني أحمد ابن علي: **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار المعرفة، بيروت، (د ط ت)، ج 3، ص 827.

5-هو الصحابي أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي، بعثه الرسول -ﷺ- إلى اليمن، وقدم من اليمن في خلافة أبي بكر وكانت وفاته بطاعون عمواس في

فإن فيهم الضعيف والكبير وذا الحاجة].[1]

وجه الدلالة:

في الحديث إشارة إلى أن الدين مبني على اليسر، وأن الطاعة إذا أدت إلى ضياع المصالح أو لحق الناس منها ضرر خرجت عن مقصود الشارع، لأن مثل ذلك يجلب الملل والكسل والانقطاع.[2]

والنبي -ﷺ-[نهى أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها]،[3] معلّلا هذا النهي بما يترتب على الفعل من ضرر بالغ وهو قطع الرحم، [إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم].[4]

وجه الدلالة:

إن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح يبث عوامل الشقاق بين أفراد العائلة ويناقض قصد الشارع، ولذلك كان هذا النكاح باطلا لما فيه من أضرار.

الشام و عمره لم يتجاوز 34 سنة. ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة تحقيق على محمد البجاوي دار الجيل بيروت الطبعة الأولى سنة 1412هـ-1992م، ج6، ص 136 -137.

1-ورواه البخاري في صحيحه، كتاب الآذان، باب تخفيف الإمام في القيام وإتمامه الركوع والسجود، مصدر سابق، ج1، ص142.

2-يوسف حامد العالم: **المقاصد العامة للشريعة الإسلامية** ، الدار السودانية للكتب الخرطوم الطبعة الثالثة، سنة 1417-1997.

3-أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، مصدر سابق، ج7، ص12. وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب النكاح، باب: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، مصدر سابق، ج10، ص193.

4-الطبراني: **المعجم الكبير**، تحقيق: حمدي عبد المجيد السلفي، مكتبة العلوم والحكم، الموصل، العراق، الطبعة الثانية، سنة (1404 هـ ، 1983 م)، ج 11، ص 337.

عن أبي ذر[1] ﷺ عن النبي ﷺ فيما يرويه عن ربه -ﷻ- أنه قال:[يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا] [2]

وجه الدلالة:

في هذا الحديث القدسي يحرم الله -ﷻ- الظلم على عباده ويؤكده بتحريمه على نفسه ابتداء، وينهى عباده عن ظلمهم لبعضهم البعض؛ لأن الظلم نتيجته الحتمية إلحاق الضرر بالغير مهما كان حجمه أو نوعه.

الفرع الثاني: الضرر يزال

إنّ المقصد العام من إزالة الضرر ودفعه هو رفع الحرج والمشقة عن الناس، وهذا أصل شرعي من قاعدة فقهية وهي: الضرر يزال،[3] أي أن أصل نفي مشروعية الضرر يستلزم رعاية المصلحة الجالبة للنفع الراجح فكلاهما أصل قطعي عام،[4] ويعود أصل هذه القاعدة لحديث النبي -ﷺ- [لا ضرر ولا ضرار][5] وهي من أهم القواعد وأجلها شأنا في الفقه الإسلامي، ولها تطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية، بل فيها من الفقه مالا حصر له فإن الأحكام

1- أبو ذر الغفاري الزاهد المشهور الصادق اللهجة مختلف في اسمه و اسم أبيه والمشهور أنه جندب بن جنادة بن سكن وقيل بن عبد الله، وكان من السابقين إلى الإسلام، وكانت وفاته بالربذة سنة 31هـ وقيل في التي بعدها. ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج7، ص 125. ابن عبد البر: الاستيعاب، ج1، ص529.

2-أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر و الصلة، باب تحريم الظلم، مصدر سابق، ج 16، ص 131-132.

3-مجلة الأحكام العدلية المادة 20، ألفها مجموعة من علماء الدولة العثمانية سنة 1286 هـ، د ط ت.

4-الدريني فتحي: **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**، الشركة المتحدة للتوزيع، دمشق، الطبعة الثانية، سنة (1405هـ -1995م.)،ص483

5-سبق تخريجه ص 05.

شرعت إما لجلب المنافع أو لدفع المضار، فيدخل فيها حفظ الكليات الخمس التي هي: الدين، النفس ، المال العرض و العقل.

وهذه القاعدة ترجع إلى تحصيل المقاصد وتقريرها بدفع المفاسد أو تخفيضها.[1] كما أن هذه القاعدة تعتبر من أركان الشريعة وهي أساس لمنع الفعل الضار، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة.[2]

ونصها يوجب منع الضرر مطلقا عاما أو خاصا، كما يشمل دفعه قبل الوقوع بالطرق الممكنة وبعد الوقوع بإزالة آثاره و منع تكراره. والمقصود بمنع الضرار نفي فكرة الثأر المحض الذي يزيد في الضرر ولا يفيد سوى توسيع دائرته، فمن أتلف غيره ماله ليس له إتلاف مال الغير.[3]

وبهذا الصدد جاء الحديث لبيان كون رعاية المصالح من أصول الشرع، ثم إن قول النبي- ﷺ-:[لا ضرر ولا ضرار] يقتضي رعاية المصالح إثباتا ونفيا، والمفاسد نفيا، إذ الضرر هو المفسدة، فإذا نفاها الشرع لزم إثبات النفع الذي هو المصلحة، لأنهما نقيضان لا وسط بينهما،[4] ويدخل تحت قاعدة الضرر يزال عدة قواعد فرعية نذكر منها:

1-علي أحمد الندوي: **القواعد الفقهية**، دار القلم، دمشق، الطبعة الخامسة، سنة (1420هـ- 2000م) ،ص287.

2-الزرقا: **الفعل الضار والضمان فيه**، ص 23.

3-محمود الشربيني: **القضاء في الإسلام**، الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر، الطبعة الثانية 1419هـ- 1999م، ص 74.

4-الطوفي: **رعاية المصلحة** ، تحقيق: أحمد عبد الرحيم السايح، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة (1413هـ، 1993م)، ص23.

1- "الضرورات تبيح المحظورات". مثال ذلك: جواز أكل الميتة عند المخمصة، و إساغة اللقمة بالخمر، والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وكذا إتلاف المال وأخذ مال الممتنع عن أداء الدّين بغير إذنه، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله.[1]

2- "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها".[2] مثال ذلك: المضطرلا يأكل من الميتة إلا قدر سدّ الرمق، والطعام في دار الحرب يؤخذ على سبيل الحاجة؛ لأنه إنما أبيح للضرورة.[3]

3- "الضرر لا يزال بالضرر". ومثال ذلك: فمن وقع في نار تحرقه ولم يخلص إلا بماء يغرقه، ورآه أهون عليه من الصبر على لفحات النار، فله ذلك على الأصح.[4]

4- "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما".[5] الأصل في هذا أن من ابتلي ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيهما شاء وإن اختلفا يختار أهونهما؛ لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة، مثال ذلك: رجل له جرح لو سجد سال جرحه فإنه يومئ ويصلي قاعدا. لأن ترك السجود أهون من ترك الصلاة مع الحدث.[6]

1-ابن نجيم زين العابدين: **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1413هــ ، 1993م)، ص85.
2-ابن النجيم زين العابدين: المصدر نفسه. ص85
3-محمود الشربيني: مرجع سابق، ص76.
4-السبكي: **الأشباه والنظائر**، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1411هــ،1991م)،ج1، ص45.
5-ابن النجيم زين العابدين: مصدر سابق، ص85.
6-محمود الشربيني: مرجع سابق ، ص76.

5- "درء المفاسد أولى من جلب المصالح": فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة، قدم دفع المفسدة غالبا لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات.[1]

وعلى هذا الأساس يجب شرعا منع التجارة بالمحرمات من خمر ومخدرات ولو أن فيها أرباحا ومنافع اقتصادية.[2]

6- "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"[3]، ومن ذلك جوزت الإجارة والسلم[4].

1-ابن نجيم زين العابدين : مصدر سابق، ص90.

2-محمود الشربيني: مرجع سابق ، ص79.

3-ابن نجيم زين العابدين: مصدر سابق،ص 91.

4-محمود الشربيني: مرجع سابق ، ص 80.

المبحث الثاني

تعريف التعويض و أسبابه و أنواعه و مشروعيته

في هذا المبحث سنتعرض لتعريف التعويض في اللغة والاصطلاح، وتعريف مصطلح الضمان عند الفقهاء القدامى؛ لأن مصطلح التعويض مصطلح مستحدث، مع مناقشة التعاريف، والترجيح فيما بينها, كما سنبين الأسباب التي يستحق بها المتضرر التعويض، مع بيان أنواع التعويض- العيني، المثلي والقيمي- وأن الشريعة قد أقرت مشروعية التعويض بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وذلك لتحقيق حكم جليلة، ومقاصد سامية ،وهذا ما سنبينه في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التعويض

المطلب الثاني: أسباب التعويض وأنواعه

المطلب الثالث: مشروعية التعويض عن الضرر

المطلب الأول: تعريف التعويض

الفرع الأول: تعريف التعويض في اللغة

ورد في لسان العرب:" أن العوض هو البدل، والجمع أعواض، تقول: عضت فلانا أو عوضته و أعضته: إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، والمصدر العوض، والاسم المعوضة".[1]

و ورد في تاج العروس:" والعوض – كعنب–: الخلف... و هو كل ما أعطيته من شيء فكان خلفا".[2]

وورد في معجم متن اللغة: "أن عضت، أي دفعت، وتعوض و اعتاض، أي: أخذ العوض".[3]

الفرع الثاني: تعريف التعويض في الاصطلاح

الناظر في كتب الفقهاء القدامى لا يجد فيها تعريفا اصطلاحيا للتعويض كمصطلح لما نريده، وإنما يجد ما استعملوا بدله و هو لفظ الضمان، واختلف معنى الضمان عندهم، فمنهم من يستعمله للتعويض وغيره، وبعضهم يستعمله بمعنى لا يدخل فيه معنى التعويض، وهذا يتبين من تعاريفهم للضمان التي نوردها فيما يلي:

1–ابن منظور: مصدر سابق، ج9، ص55–56. إسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: عبد الغفور عطار، دار العلم الملاين، بيروت، الطبعة الثانية، (د ت)، ج3، ص 1092–1093. أحمد رضا: معجم متن اللغة، دار مكتبة الحياة، بيروت، (د ط)، سنة (1379هـ، 1960م)ج4، ص246.

2–الزبيدي محمد مرتضى: مصدر سابق، ج5، ص59.

3–أحمد رضا: مصدر سابق، ج4، ص246

تعريف الضمان عند الحنفية:

أ- "هو عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته".[1]

ب-"هو إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته، نفيا للضرر بقدر الإمكان".[2]

1- تعريف الضمان عند المالكية:

عرفه المالكية بقولهم: "هو شغل ذمة أخرى بالحق".[3]

2- تعريف الضمان عند الشافعية:

أ- "هو حق ثابت في ذمة الغير".[4]

ب-"هو واجب رد الشيء، أو بدله بالمثل أو القيمة".[5]

4- تعريف الضمان عند الحنابلة:

أ - "هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق".[6]

ب -" تغريم الجاني نظير ما أتلف".[7]

1-أحمد بن محمد الحموي: مصدر سابق، ج2، ص210.

2-الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي: **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية، (د ت)، ج5، ص223. الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية سنة(1400 هـ ،1980م)، ج7، ص168.

3-الدردير: **الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، (د ط ت)، ج3، ص329.

4-الشربيني: **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الفكر، بيروت، (د ط ت)، ج 2.ص198.

5-أبو حامد الغزالي: **الوجيز في فقه الإمام الشافعي**، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، (د ط ت)، ج1، ص208.

6-ابن قدامة: **المغني**، دار الكتاب العربي، بيروت، (د ط)، سنة (1403 هـ ، 1983م)، ج4، ص590.

7-ابن القيم: **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، سنة (1397هـ، 1977 م) ج 2، ص231.

ج – "العوض هو مقابلة المتلف من مال الآدمي"[1].

المناقشة:

بالنظر إلى تعاريف الفقهاء القدامى نجد أن معظمهم ابتعدوا في تعريفهم للضمان عن معنى التعويض، لأن تعاريفهم لا يظهر فيها معنى التعويض عن الضرر، وهي شاملة للتعويض سواء حدث الضرر أم لم يحدث، وتعتبر تعاريف الضمان عند الحنفية هي الأقرب لمعنى التعويض، لأنها ذكرت معنى العوض تصريحا، وذكرت سببه وهو حدوث ضرر تلميحا، وإن كان التعويض متداخلا مع الضمان في كلام الفقهاء المتقدمين، إلا أن الذي يظهر هو وجود فارق دقيق بينهما، وهذا الفارق هو أن الضمان مطلق الالتزام بالتعويض، سواء حدث الضرر فعلا، أو كان متوقع الحدوث، بخلاف التعويض فإنه لا يجب إلا عندما يحدث الضرر فعلا، وعليه يكون التعويض نتيجة للضمان.

وتعتبر تعاريف ابن القيم[2] هي الأقرب لمعنى التعويض، لأنها ذكرت التعويض صراحة.

هذا وعند النظر في التعاريف التي ذكرها الفقهاء المعاصرون، نجد أنها سعت إلى تحديد معناه، وتخليصه من العموم الوارد في اصطلاح الضمان عند الفقهاء المتقدمين وفيما يلي نورد بعض هذه التعاريف.

التعويض هو: "ردّ بدل التالف".[3] ويؤخذ عليه كونه غير دقيق؛ لأنه لم يبين ماهية التعويض.

1–ابن القيم: **إعلام الموقعين** ج2، ص 117.

2–ابن القيم: المصدر نفسه، ج 2، ص 117.

3–الدكتور صبحي المحمصاني: **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية**، دار العلم للملايين، بيروت ، الطبعة الثانية(1392 هــ ،1972م)،ج1، ص185.

"تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ".[1] ويؤخذ عليه شموله للقصاص والتعازير، فهو إذا غير مانع.

"جبر الضرر الذي يلحق المصاب".[2] ويؤخذ عليه أنه أغفل إظهار صفة المالية في التعريف، وهذا أمر أساس في التعويض؛ لأن المقصود تخصيص هذا المصطلح بالتعويض عن الضرر بالمال، وعليه يكون التعريف غير مانع لإمكان دخول القصاص و التعازير فيه.

"هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره، في نفس أو مال أو شرف".[3]

وهذا التعريف هو الأولى بالاختيار للأمور الآتية:

أ- أنه بيَّن ماهية التعويض، وهو أنه مال يدفع للمتضرّر عن طريق حكم القاضي، وهو بهذا يكون مانعاً من دخول غير المعرف فيه.

ب- أنه شمل نوعي الضرر الواجب التعويض عنهما، وهما:

- الضرر المادي.
- الضرر الأدبي.

و بهذا يكون التعريف شاملا لألفاظه و أفراده ، فيكون بذلك جامعاً مانعاً.

1-وهبة الزحيلي: **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، سنة(1389هـ،1970م)، ص87.

2-سيد أمين محمد: مرجع سابق، ص115.

3-محمود شلتوت: **المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية**، نشر مكتب شيخ الجامع الأزهر للشؤون العامة، (د ط ت)، ص35.

والتعريف الذي نقترحه لتعويض الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية هو: "مال ثبت في ذمة أحد الزوجين للآخر بالتراضي أو بحكم شرعي أو بحكم القاضي".

المطلب الثاني: أسباب التعويض و أنواعه

الفرع الأول: أسباب التعويض

السبب الأول: العقد

" هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع ثبت أثره في محله".[1]

وأساس الالتزام بتنفيذ مقتضى العقد وشروطه قوله ﷻ:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ. . . ﴾[2]. ومعنى الآية يدل على لزوم العقد وثبوته.[3]

قال القرطبي[4]: (أوفوا بعقد الله عليكم وبعقدكم بعضكم على بعض).[5] وظاهر الآية يدل على الأمر الذي يقتضي الوجوب، ومخالفته يترتب عليه الضمان بسبب الاختلال الحاصل في ركن من أركان العقد.

1-الزرقا مصطفى أحمد: **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق،الطبعة الأولى، سنة (1418هـ، 1998م)، ج1، ص382.

2-سورة المائدة: الآية 01.

3-ابن كثير: تفسير القرآن العظيم ص 471.

4-هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن فرج الأنصاري الأندلسي القرطبي، المفسر، كان من العباد الصالحين والعلماء العارفين، له مؤلفات كثيرة منها: جامع أحكام القرآن، الأسنى في أسماء الله الحسنى، التذكرة بأمور الآخرة، توفي سنة 671هـ - 1273م. ابن فرحون: الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط ت)، ج2، ص308-309.

5-القرطبي محمد بن أحمد بن أبي بكر: **الجامع لأحكام القرآن**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ط)، سنة(1405هـ، 1985م)، ج6، ص33.

وجاء في الحديث: [المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا][1]،

أي ثابتون عليها واقفون عندها.[2] لأن الإخلال بشرط من الشروط يؤدي إلى وجوب الضمان.

السبب الثاني: الإتلاف

وهو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة.

قال ﷻ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[3]

فالنهي الوارد في الآية عن الاعتداء يشمل النهي عن إتلاف النفس أو عضو من أعضاء الجسد ويشمل كذلك إتلاف أموال الغير. قال ﷻ: ﴿ وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾[4].

في الآية حكمة بليغة وهي، أنه من علم أن من قتل نفسا قتل بها يرتدع و ينزجر عن القتل، فيحفظ حياته وحياة من أراد قتله وبذلك تصان الدماء وتحفظ النفوس و يأمن الناس على أرواحهم،[5] وللمحافظة على المال حرمت السرقة و و وجب الحد

1-أخرجه البهيقي في السنن السنن الصغرى،كتاب البيوع، باب الشركة، مكتبة الرشد، الرياض الطبعة الأولى سنة (1422هــ- 2001)، ج5، ص 349. و صححه الألباني، إرواء الغليل مرجع سابق ج 5، ص 142،

2-الكاساني: مصدر سابق، ج10، ص70.

3-سورة البقرة: الآية 194.

4-سورة البقرة: الآية 179.

5-الصابوني محمد علي: **روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن**، منشورات مكتبة الغزالي، دمشق، (د ط ت)، ج1، ص133.

بالقطع، وحرم الغش والخيانة والربا، وأكل أموال الناس بالباطل، و وجب ضمان المتلفات، فتحمى بذلك الأموال التي بها معاش الخلق وهم مضطرون إليها.[1]

لقوله ﷻ: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾.[2]

وقوله ﷻ: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾.[3]

والإتلاف نوعان: إتلاف بالمباشرة وإتلاف بالتسبب.

أ- الإتلاف بالمباشرة:

"وهو إتلاف الشيء دون أن تكون هناك واسطة".[4]

وهذا ما عبر عنه القرافي[5] في بيانه لأسباب الضمان بالتفويت مباشرة، كإحراق الثوب وقتل الحيوان، وأكل الطعام، ونحو ذلك.[6]

1-وهبة الزحيلي: **أصول الفقه الإسلامي**، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى،سنة(1406هـ، 1986م)، ج2، ص1022.

2-سورة البقرة:الآية 188.

3-سورة المائدة: الآية 38.

4-محمد الموسى: **نظرية الضمان الشخصي (الكفالة) دراسة مقارنة**، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، سنة (1419هـ – 1999م)، ص48.

5-هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي، له مؤلفات كثيرة منها: تنقيح الفصول في اختصار المحصول، الذخيرة في الفقه، شرح التهذيب والفروق وغيرها. محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى،سنة (1423هـ ، 2003 م)ج2، ص 270.

6-القرافي: **أنوار البروق في أنواء الفروق**، دار المعرفة، بيروت، (د ط ت)، ج4، ص1146.

ب-الإتلاف بالتسبب:

وهو إتلاف الغير للمال، كإيقاد النار بقرب الزرع، أو وضع اليد غير مؤتمنة كالغصب وقبض المبيع فاسدا.[1] أو إذا أتلفت البهائم زرع الغير وثمره، فالضمان يقع على أهلها إذا حدث ذلك في الليل، أما إذا أفسدت الزرع بالنهار لم يضمنوه؛ لقضاء رسول الله -ﷺ- في ذلك،[2] وخبره أن ناقة دخلت حائطا فأفسدت فيه، فقضى الرسول- ﷺ - أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضامن على أهلها.[3]

الفرع الثاني: أنواع التعويض

النوع الأول: التعويض العيني

إذا كان الضرر واجب الإزالة في الفقه الإسلامي عملا بقاعدة - الضرر يزال-[4] فإنه إذا كان الضرر متمثلا في غصب المال والحيلولة بينه وبين صاحبه دون إتلافه، كانت إزالته بوجوب رد المال على صاحبه، جاء في بداية المجتهد: "والواجب على الغاصب إذا كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه وهذا لا خلاف فيه"،[5] لأن حق المالك معلق بعين ماله، ومن ثم فإن ردّ العين هو الموجب الأصلي، ولا يعدل عنه إلى المثل أو القيمة؛ لأن من المعلوم أنه لا يصار إلى القضاء مع إمكان الأداء، ودليل ذلك قول الرسول -ﷺ-:[على

1-القرافي: **الذخيرة**، تحقيق أبو إسحاق عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى سنة(1423هـ ، 2003م)، ج12، ص259.

2-الشافعي أبو عبد الله محمد ابن إدريس: **الأم**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى،سنة (1400 هـ،1980م)، ج 8، ص 373.

3-حديث سبق تخريجه. ص 09

4-مجلة الأحكام العدلية، مادة20.

5-ابن رشد الحفيد: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الفكر، بيروت، (د ط) ، سنة(1421هـ،2001 م)، ج2، ص312.

اليد ما أخذت حتى تؤديه]،[1] وقوله -ﷺ-:[لا يأخذن أحدكم متاع صاحبه لاعبا ولا جادا، وإن أخذ عصا صاحبه فليردها عليه].[2]

فالحديثان يدلان على وجوب ردّ العين إلى صاحبها؛ لأن حق المغصوب منه معلّق بعين ماله وماليته، ولا يتحقق ذلك إلا بردّه، و إذا كان الزوج المخالع قد تضرّر بسبب خلعه من زوجته، والمهر الذي قدمه لها عين مازالت قائمة، وجب على الزوجة أن تردّه لزوجها، ودليل ذلك ما روي عن ابن عباس[3] -رضي الله عنه- أن امرأة ثابت ابن قيس[4] أتت النبي -ﷺ- فقالت: (يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام)، فقال رسول الله -ﷺ-: [أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، قال رسول الله -ﷺ-: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة].[5]وإذا رد الغاصب العين المغصوبة كاملة الذات والأوصاف برئ من

1-رواه أحمد في مسنده، مسند البصريين، ومن حديث سمرة بن جندب، مصدر سابق، ج33 ص277.

2-حديث سبق تخريجه. ص 09

3-عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، كان يسمى البحر لسعة علمه، ويسمى حبر الأمة، ولد بشعاب مكة قبل الهجرة بثلاث سنيين، استعمله علي ابن أبي طالب على البصرة فبقي عليها أميرا ثم فارقها قبل أن يقتل "علي ابن أبي طالب" و عاد إلى الحجاز، و شهد على صفّين، و كان أحد الأمراء فيها توفي سنة 68هـ بالطائف و هو ابن 70 سنة، ابن الأثير: أسد الغابة في معرفة الصحابة، تحقيق: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د ط ت)، ج3، ص 291.

4-هو أبو محمد ثابت بن قيس بن شماس، كان خطيب الأنصار، شهد أحدا وما بعدها وقتل يوم اليمامة شهيدا. ابن عبد البر: الاستيعاب في أسماء الأصحاب، مكتبة مصر، الفجالة، (د ط ت)، ج1، ص 100.

5-رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب الخلع، مصدر سابق، ج7، ص47.

عهدته، حتى ولو كانت القيمة ناقصة بسبب تفاوت الأسعار من وقت الغصب إلى وقت الردّ[1].

وجاء في المغني ما نصه:« وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار، نصّ عليه أحمد[2] وهو قول جمهور العلماء».[3]

وخالف ابن حزم الظاهري[4] جمهور الفقهاء فذهب إلى تضمين الغاصب ما نقص من قيمة العين بسبب تغيّر سوقها.

قال ابن حزم:« فإنه حين زاد ثمنه كان فرضا عليه ردّه إلى صاحبه بجميع صفاته، فكان لازما له أن يردّه إليه وهو يساوي تلك القيمة، فإذا لزمه ذلك، ثم نقصت قيمته فإنه لا يسقط رد ما لزمه رده ».[5]

أما في القانون فيُقصد به ردّ عين الشيء، إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وهو ما يطلق عليه التعويض العيني، وله صورتان:

- الصورة الأولى: إعادة الشيء المأخوذ بعينه.
- الصورة الثانية: تنفيذ الالتزام عينا، أو إزالة الضرر بعينه.

1-المرغيناني برهان الدين على بن أبي بكر: **الهداية شرح بداية المبتدي**، مطبعة الهادي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، سنة(1389هـــ، 1970م)ج4، ص13.

2-أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، الفقيه والمحدث صاحب المذهب ولد ببغداد سنة 164هـ – 780م، اشتهر بكتابه المسند، توفي سنة241هـ - 855م. ابن سعد: الطبقات الكبرى، تحقيق: احسان عباس، دار صادر،بيروت ، الطبعة الأولى (1388هـ - 1968م) ج1، ص64.

3-ابن قدامة: مصدر سابق، ج05، ص260.

4-هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، الفارسي، ولد بقرطبة سنة 384هـ، من أشهر تصانيفه: المحلى، الإحكام في أصول الأحكام، طوق الحمامة، توفي سنة 456هـ. ابن خالكان، وفيات الأعيان تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت،الطبعة الأولى (1374هـ -1994م)، ج3، ص325.

5-ابن حزم أبو محمد: **المحلى بالآثار**، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط ت)،ج8، ص139.

أما عن التعويض العيني في صورته الأولى وهي إعادة الشيء المغصوب بعينه فإنه هو الأصل مادام الشيء باقيا لم يتلف بعد، ولا يلجأ إلى التعويض النقدي إلا إذا استحال التعويض عينا، فإذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدي، وأبدى المدّعَى عليه استعداده لرد المال المغصوب عينا، وجب على المدعي قبوله لأنه الأصل، ولا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي وافقت المدعي عليه في عرضه المال عينا، حتى ولو لم يطلب المدعى ذلك.[1]

ولو اعتدى شخص على ملك شخص أخر فباعه أو تصرف فيه بأي وجه من وجوه التصرف، ففي هذا التصرف إضرار بحق المالك، ومن ثم فإن هذا البيع لا يسري في حق المالك الأصلي، وهذا ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 397 من القانون المدني الجزائري و نصها: "وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري".

وبناءا على ذلك قرر القانون للمالك الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق وله فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض إذا كان سيّء النية،[2] أما رجوعه بدعوى الاستحقاق فمردّه إلى أن ملكية المبيع مازالت للمالك، ومن ثم يكون له استرداده من تحت يده كما أن له أن يرجع بالتعويض إذا كان المشتري سيّء النية، أما إذ كان حسن النية فليس للمالك الرجوع عليه بالتعويض، كما أن للمالك الرجوع على البائع بالتعويض، لأنه بتصرفه في ملك الغير ألحق بالمالك ضررا نتيجة خروج ملكه من تحت يده.[3]

1-العربي بلحاج: **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ج2، ص266.

2-السنهوري: الوسيط، ج4، ص 296.

3-قدادة خليل حسن: **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط ت)، ج4، ص218.

النوع الثاني: التعويض المثلي

سبق وأن بيّنّا أنه إذا كان موجب التعويض هو الخلع، والمهر مازال عينا قائمة، فإنه يجب على الزوجة المختلعة ردّ المهر بعينه إذا قبله الزوج، كما بيّنا أنه إذا كان موجب التعويض هو الغصب وكان المغصوب قائما فإنه يجب على الغاصب ردّه بعينه، أما إذا كان موجب التعويض هو الإتلاف سواء أتلف المال عند الغاصب أو أتلفه بغير غصب، فإنه يلزم بتعويض المالك عن ماله الذي أتلفه، لأنه تعذّر رد عين المال، فوجب ردّ ما يقوم مقامه.

ومن ثم فإنه ينظر في المال المتلف هل هو من ذوات الأمثال أم من ذوات القيم؟

فإن كان من ذوات الأمثال فإنه يضمن بمثله أي يعوض عنه بدفع مثله إلى المالك.

لقوله ﷻ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [1].

و لا خلاف بين الفقهاء في ضمان المثلي بمثله.[2] فالتعويض بالمثل هو الواجب في الأموال المثلية لما فيه من جبر التالف صورة ومعنى، ولا يعدل عن المثل إلى القيمة إلا عند تعذّر القضاء بالمثل، وذلك لأن حق المالك ثابت في عين ماله.

وعند فوات عين المال بسبب الإتلاف يثبت له الحقّ في مثله مماثلة للتالف صورة ومعنى، وقد أمكن اعتبارهما بإيجاب المثل، ولا شك أن مثل الشيء أقرب إليه من غيره، بخلاف القيمة، فهي وإن كانت مماثلة للتالف في معنى المالية إلا

1-سورة البقرة: الآية 194.

2-ابن رشد الحفيد: مصدر سابق، ج2، ص172. ابن قدامة: مصدر سابق، ج5، ص260.

أنها تخالفه في الصورة، فكان طريق مماثلته الظن و الاجتهاد بخلاف المثل، فطريق مماثلته المشاهدة واليقين فكان ما طريقه المشاهدة واليقين مقدّما على غيره. ثم إن المثل أتم في الجبر وأعدل في القضاء لقيامه مقام مثله من جميع الوجوه وجميع الأغراض جنسا وقدرا وصفة واستعمالا وغاية، ولا التفات إلى تغيّر العين في جملتها[1].أما في القانون فقد تعرضت المادة 686 من القانون المدني الجزائري للأشياء المثلية، فنصّت على أن الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد، أو المقياس أو الكيل، أو الميزان.[2]

ولكنه لم يتعرض للتعويض المثلي صراحة عند وجوبه للمتضرر، وكذلك لم ينص قانون الأسرة الجزائري على التعويض المثلي للطرف المتضرّر من الزوجين وإنما اكتفى بذكر التعويض مجردا في المادة 53 مكرر والمادة55.

وذكر التعويض بالمال وبقيمة صداق المثل صراحة في المادة 54 منه.

النوع الثالث: التعويض القيمي

اتفق الفقهاء على أن المال المثلي يعوض بمثله، ولكنهم اختلفوا في ضمان المال القيمي عند إتلافه على رأيين، هل ضمانه يكون بالمثل أم بالقيمة؟

1-الكاساني: مصدر سابق، ج7، ص 150. ابن جزي: القوانين الفقهية، تحقيق: محمد أمين الضناوي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى،سنة (1420 هــ،2000م)، ص324. الرملي أبو العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشهير بالشافعي: نهاية المحتاج إلى شرح المناهج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة(1426هــ ،2005م، ج5، ص16. ابن قدامة: مصدر سابق، ج5، ص239.

2-القانون المدني الجزائري، المادة 686.

الرأي الأول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[1] و المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] إلى أن المال القيمي إذا أتلف سواء كان حيوانا أو غيره فإنه يضمن بقيمته واحتجوا لمذهبهم بما يأتي:بما رواه عبد الله بن عمر[5] –رضي الله عنهما – عن رسول الله– ﷺ– أنه قال: [من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوّم العبد عليه قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق][6] وأيضا بما رواه أبو هريرة[7] – ﷺ– عن رسول الله –ﷺ– أنه قال :[من أعتق نصيبا أو شقيصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله إن كان مالا، وإلا قوم عليه فاستسعى غير مشقوق عليه][8].

وجه الدلالة من الحديثين:

1–الكاساني: مصدر سابق، ج7، ص151.

2–القرطبي: مصدر سابق، ج1، ص 841. ابن رشد الحفيد: مصدر سابق، ج2، ص312.

3–النووي: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: محمد طاهر شعبان، دار المناهج، بيروت، الطبعة الأولى،سنة(1426 هـ، 2005م)، ج5، ص13. الرملي: مصدر سابق، ج5، ص160.

4–ابن قدامة: مصدر سابق، ج5، ص239.

5–هو عبد الله بن عمر بن الخطاب أسلم و لم يبلغ الحلم، و هاجر مع أبيه إلى المدينة المنورة، حضر غزوة الخندق وشهد اليرموك، توفي بمكة سنة 63هـ. بن حجر العسقلاني: الإصابة في تمييز الصحابة، ج4، ص181.

6–رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشركة، باب الشركة في العتيق، مصدر سابق، ج3، ص141. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب العتق، باب من أعتق شركا له في عبد، مصدر سابق، ج10، ص135.

7-هو عمير ابن عامر الدوسي، كنيته أبو هريرة، روى عنه أكثر من ثمان مائة رجل من صاحب وتابع، قيل توفي سنة 57هـ و قيل سنة 58هـ وقيل سنة 59هـ. ابن عبد البر: الاستيعاب، ج4 ص 109. ابن الأثير: أسد الغابة، ج6، ص 313.

8–رواه البخاري في صحيحه، كتاب العتق، باب إذا أعتق عبد بين اثنين أو أمة بين شركاء، مصدر سابق، ج3، ص145.

أمر رسول الله– ﷺ– في الحديثين بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق، وهذا نص صريح في اعتبار القيمة فيما لا مثل له، أوجبها على المعتق إن كان موسرا، وإذا كان معسرا أوجبها على العبد، وهذا النص وإن كان واردا في العبد، إلا أنه يشمل إتلاف كل مال مثلي ما له دلالة.[1]

الرأي الثاني:

ذهب الظاهرية و الإمام أحمد في رواية و ابن تيمية[2] و ابن القيم إلى أن المثلي يضمن بمثله حيوانا كان أو غيره، ولا يضمن بالقيمة إلا عند عدم المثل.[3]

و استدلوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

ما رواه أنس[4] – رضي الله عنه– أن النبي– ﷺ– كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام فضربت التي النبي– ﷺ– في بيتها يد الخادم فسقطت الصحفة فانفلقت، فجمع النبي– ﷺ– فلق الصحفة ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحفة ويقول:[غارت أمكم]، ثم حبس الخادم حتى أتى

1–القرطبي: مصدر سابق، ج1، ص81. ابن قدامة: مصدر سابق، ج5 ،ص239.

2–هو تقي الدين أبو العباس أحمد بن شهاب الدين الملقب بشيخ الإسلام ابن تيمية، ولد سنة661هـ، توفي بدمشق سنة 728هـ. انظر الذهبي:تذكرة الحفاظ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ط ت)، ج14، ص1496. ابن كثير: البداية والنهاية، تحقيق علي بشري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى،سنة(1408 هـ، 1988م)، ج13، ص280.

3–ابن حزم: مصدر سابق، ج8، ص 140. ابن تيمية: القياس في الشرع الإسلامي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة(1398هــ، 1978م)، ص51.

4–هو أنس بن مالك بن النضر، خدم النبي - ﷺ- عشرة سنين، هو من المكثرين في الرواية عن رسول الله -ﷺ - قيل توفي سنة 71هـ وقيل سنة 93 هـ، ابن عبد البر الاستيعاب مصدر سابق: مصدر سابق، ج1، ص47. ابن الأثير: أسد الغابة، ج1، ص294.

بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفع الصحفة الصحيحة إلى التي كسرت صحفتها، وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت فيه.[1]

وجه الدلالة:

أن النبي- ﷺ- حبس الصحفة المكسورة في بيت التي كسرتها عقابا بها، ودفع صحفة سليمة للخادم ليدفعها إلى صاحبة المكسورة عوضا لها عن صحفتها، وهذا دليل على ضمان المال القيمي بمثله.

الترجيح:

إن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء هو الرأي الراجح وهو أن المال القيمي يضمن بقيمته، أما ما ذهب إليه الظاهرية ومن وافقهم والحديث الذي استدلوا به على أن المال القيمي يضمن بمثله، يرد عليه بأن دفع النبي -ﷺ- صحفة صحيحة لصاحبتها بدلا من التي كسرت، ليس من باب التضمين بالمثل وإصدار الحكم بوجوب المثل فيه، بل هو من باب المعونة والإصلاح والمروءة ومكارم الأخلاق؛ لأن القصعة والطعام المصنوع ليس لهما مثل معلوم، وأن ما حكم فيه النبي- ﷺ- هو ملك له، وللمرء أن يحكم في ملكه بما شاء.

أما في القانون في الأحوال التي يتعذر فيها الحكم بالتعويض العيني فإن القاضي يحكم بالتعويض القيمي، وذلك لأن النقود تصلح أن تكون عوضا عن الكثير من الأضرار، وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 132 [2] من القانون المدني الجزائري، أن التعويض يقدر بالنقد، كما أن قانون الأسرة

1-رواه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب من أفسد شيئا يغرم مثله، وصححه الألباني، مصدر سابق، ص 639.رواه الترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء، ما يحكم له من مال الآخر، و قال: حديث صحيح، و صححه الألباني.

2-القانون المدني الجزائري، المادة132.

الجزائري نصّ على تعويض الزوج المتضرر من الخلع بقيمة مالية، وهذا ما جاء في المادة 54 منه كما أن المادتين 53 مكرر والمادة 55 من القانون نفسه ذكرت التعويض مجردا، ولكن القضاء الجزائري يحكم بالتعويض المالي الذي يقوم مقام الأضرار التي تلحق أحد الزوجين.

المطلب الثالث: مشروعية التعويض عن الضرر

الفرع الأول: أدلة مشروعية التعويض

جبر الضرر بالتعويض يعتبر مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة، وقد دلت آيات كريمة وأحاديث نبوية شريفة وأقوال فقهاء المسلمين على مشروعية التعويض عن الضرر.

أ- الأدلة من القرآن الكريم:

قال الله – ﷻ –: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾.[1]

وقال الله – ﷻ – : ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ ﴾.[2]

وقال الله – ﷻ –: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ ﴾.[3]

1-سورة البقرة: الآية 194.

2-سورة الشورى: الآية 40.

3-سورة المائدة: الآية95.

وقال الله ﷻ:﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـًٔا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ ﴾.[1]

إن كانت هذه الآيات تحمل معاني كثيرة وتتضمن مفاهيم متعددة، إلا أن المفسرين ذكروا من بين هذه المعاني التي تدل عليها مشروعية التعويض، وقد ورد في كتب التفسير أن من دلالات الآيات السابقة أنه من استهلك أو أفسد شيئا من الحيوان أو العروض ضمن مثله أو قيمته.

ورد عن ابن سيرين[2] أنه قال في تفسير الآيات السابقة:« إن أخذ منك رجلٌ شيئا فخذ منه مثله »[3]

وجاء في تفسير جامع البيان ما يدل على وجوب الرجوع للإمام وهو بالتالي يحكم بالعوض.[4]

وهو ما أكده القرطبي بقوله: « يجوز أخذ العوض كما لو أمكن الأخذ بالحكم من الحاكم »[5].

وهذا يدل على مشروعية التعويض في صورته المهذبة الخالية من الانتقام والفساد.

1-سورة النساء: الآية 92.

2-هو محمد بن سيرين البصري الأنصاري تابعي ولد سنة 33هـ، روى الحديث عن أنس بن مالك وغيرهم، اشتهر بالورع وتأويل الرؤيا، توفي سنة 110هـ. ابن خلكان: مرجع سابق، ج4، ص181. الذهبي: سير إعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة التاسعة ، سنة(1413 هـ ،1993م)ج 4، ص 606.

3-الطبري: **جامع البيان في تأويل القرآن**، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى،سن (1420هـ، 2000م)، ج14، ص132.

4-الطبري: المصدر نفسه، ج14، ص132.

5- القرطبي مصدر سابق ج 5، ص 311.

ب- الأدلة من السنة :

أما في السنة النبوية الشريفة فالأدلة على مشروعية التعويض كثيرة و منها:

- قول النبي - ﷺ-: [لا يأخذ أحدكم متاع أخيه جادًّا أو لاعبا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردّها عليه].[1]

فالحديث صريح يلزم الآخذ بردّ الشيء بعينه، فإن فوّته على صاحبه فالالتزام حينئذ بالبدل أو القيمة.

- روي أن إحدى أزواج النبي - ﷺ- أهدت إليه طعاما في قصعة فضربت الزوجة التي كان النبي - ﷺ- عندها القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي- ﷺ-: [طعام بطعام وإناء بإناء].[2]

ويظهر من هذا الحديث أن النبي - ﷺ- ألزم أم المؤمنين بضمان الطعام والإناء التالف بمثليهما، وهذا دليل صريح في مشروعية التعويض عن الضرر.

روي أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطا فأفسدت فيه فقال رسول الله -ﷺ-: [أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها].[3]

و عن النبي - ﷺ- أنه قال: [من وقف دابة في سبيل المسلمين أو في أسواقهم

1-رواه البخاري في الأدب المفرد ،باب ما لا يجوز من اللعب والمزاح ، ص 93، دار البشائر الإسلامية ،بيروت ،ط3،سنة(1409هـ ،1989م) ،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الأحاديث مذيلة بأحكام الألباني عليها ، للتخريج. قال الشيخ الألباني حسن

2-سبق تخريجه. ص44.

3- سبق تخريجه. ص 09

فأوطأت بيد أو برجل فهو ضامن].[1]

قول النبي– ﷺ–: [لا ضرر ولا ضرار].[2]

وهذا الحديث يستدل به على مشروعية التعويض، وهو قاعدة فقهية لإزالة الضرر بل يمنع وقوع الضرر ابتداء ويجبره إذا وقع بتعويضه، فالحديث أريد به تنبيه إلى اتخاذ الأسباب المانعة من الإضرار بالغير وإيجاب الضمان على من أوقعه.[3]

وقد استخرج فقهاء المسلمين من هذا الحديث قواعد فقهية استدلوا بها على إزالة الضرر ومشروعية التعويض ومن بينها:

[الضرر يزال]،[4] [الضرر لا يزال بمثله].[5]

[ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام].[6]

[إن الضرر العام يدفع بالضرر الخاص].[7]

1– أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الأشربة والحد فيه، باب الدابة تنفح برجلها، مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد، الطبعة الأولى، سنة (1344هـ، ج8، ص344.

2–حديث سبق تخريجه. ص 05

3–سراج أحمد محمد: **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة(1409هـ ، 1989 م)، ص102–103.

4–مجلة الأحكام العدلية، المادة 20.

5–المرجع نفسه، المادة 25.

6–المرجع نفسه، المادة 26.

7–من مجلة الأحكام العدلية و نصها المادة 26: يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

[يرتكب أخف الضررين لدفع أشدهما].[1]

إن [درء المفاسد أولى من جلب المنافع].[2]

وكان لهذه القواعد أثرُ كبير في تطبيق مبدأ المسؤولية عن الضرر و في دفعها، ومن بين التطبيقات الفقهية العديدة لها، أكل الميتة، و دفع الصائل، و غيرهما.[3]

وتتضح جليا مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي في حادثة أحد أحبار اليهود مع النبي- ﷺ-حينما أراد اختباره في حلمه؛ لتكتمل معرفته بعلامات النبوة ويدخل في الإسلام، باعتدائه على رسول الله -ﷺ- أمام أعين الصحابة وعلى رأسهم عمر بن الخطاب الذي طلب من النبي- ﷺ- أن يدعه ليضرب عنقه حين أخذ الحبر بمجامع قميصه- ﷺ- ثم قال: ألا تقضني يا محمد حقي فو الله ما علمتكم بني عبد المطلب بمطل ولقد كان لي بمخالطتكم علم، قال: ونظرت إلى عمر بن الخطاب وعيناه تدوران في وجهه كالفلك المستدير ثم رماني ببصره وقال: أي عدو الله أتقول لرسول الله- ﷺ- ما أسمع و تفعل به ما أرى، فو الذي بعثه بالحق لولا ما أحاذر فوته لضربت بسيفي هذا عنقك. ورسول الله- ﷺ- ينظر إلى عمر في سكون وتوأدة ثم قال الرسول -ﷺ-: [إنا كنا أحوج إلى غير

1-قالت المادة 27 من المجلة ونصها:(الضر الأشد يزال بالضرر الأخف).و المادة 19 و نصها:(يختار أهون الشرين).والمادة 28 :(إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررًا بارتكاب أخفها

2-مجلة الأحكام العدلية المادة 26.

3-محمود شلتوت: **الإسلام عقيدة وشريعة**، دار الشروق ،القاهرة، الطبعة الأولى، سنة(1403هـ، 1983م)، ص396.

هذا منك يا عمر أن تأمرني بحسن الأداء وتأمره بحسن إتباعه، اذهب به يا عمر فأقضه حقه و زده].[1]

جاء في المصنف:(أن رجلا كان يقص شارب عمر بن الخطاب -ﷺ- فأفزعه فضرط الرجل من الفزع فقال -ﷺ-: إما إنا لم نرد هذا ولكن سنعقلها لك، فأعطاه أربعين درهما).[2]

روي أن عمر بن الخطاب -ﷺ- أرسل إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت: يا ويلها: ما لها ولعمر فبينما هي في الطريق إذ فزعت، فضربها الطلق، فألقت ولدا، فصاح الصبي صيحتين ثم مات، فاستشار عمر -ﷺ- أصحاب النبي -ﷺ- فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدّب، وصمت علي -ﷺ-، فأقبل عليه ، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم، فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك، فلم ينصحوا لك، إن ديته عليك، لأنك أنت أفزعتها فألقت.[3]

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية التعويض

إن من مقاصد الشريعة الإسلامية العدل والمساواة و ردّ المظالم إلى أهلها، ولتحقيق هذه المقاصد شرع القصاص في الأنفس والأطراف، لحماية حياة الناس

1-رواه ابن حبان في صحيحه ، كتاب البر والإحسان ، باب ذكر الاستحباب للمرء أن يأمر بالمعروف من هو فوقه ومثله ودونه في الدين والدنيا إذا كان قصده فيه النصيحة دون التعيير،ج1 ،ص521 522.

2-أخرجه عبد الرزاق في المصنف، كتاب العقول ، باب: هل يضمن الرجل من عنت في منزله، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ،سنة (1403هـ،1983م)، ج10، ص24.

3-الشيرازي أبو إسحاق: **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة (1415هـ،1995م)، ج2، ص192.

وحفاظا على أرواحهم و أبدانهم وأطرافهم، وحماية لشعورهم وعواطفهم وكرامتهم، وإزالة الضغائن والأحقاد من صدورهم.

قال الله ﷻ:﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَـٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَـٰبِ ﴾ .[1]

كما شرّع الدِيّة تعويضا عن الآلام و الأحزان و المأساة التي تلحق أهل المجني عليه.

قال الله ﷻ:﴿ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾.[2]

وحرم الاعتداء على الأموال والأعراض والدماء مصداقا لقوله -ﷺ: [إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا].[3]

فإذا انتهكت حرمة أموال الغير شُرع التعويض أو الضمان، وهو أصلح طريق لحماية الأموال وجبر الضّرر معا، فلو شُرع القصاص في الأموال لأدّى إلى اتساع دائرة الأضرار، وكثر ضياع الأموال لانتشار المقابلة بالمثل، وهو ما يؤدي إلى زيادة المفسدة، ومع ذلك يبقى جانب المجني عليه مكسورا غير مجبور، وهذا ما يتناقض مع حرمة المال وصيانة حق الملكية وحماية ثروة المجتمع.

1-سورة البقرة: الآية 179.

2-سورة النساء: الآية 93.

3-حديث سبق تخريجه. ص 22

الخلاصة :

إن مبدأ تعويض الضرر تدعمّه النصوص الشرعية إضافة إلى الآراء الاجتهادية مما يعطيه قيمة تشريعية وتنفيذية كبرى ، وقد يكون تعويض الضرر بإزالته عن المتضرر وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني وقد يكون التعويض عن الضرر تعويضا ماليا، وهذا ما سنتناوله في الفصل الثالث.

الفصل الثـاني

إزالـة الضـرر النـاتـج أثنـاء العـلاقـة الزوجيـة

إنّ العلاقة الزوجية تبنى على السّكينة والمودّة والرّحمة وحسن المعاشرة والتفاهم والتعاون و إعذار كل طرف فيما صدر من الطرف الآخر من نقص أو تقصير، ولكن قد يكون الضّرر لا يحتمل ، كأن يعسّر أو يمتنع الزوج عن نفقة زوجته، أو يجد أحد الزوجين بالآخر ما يمنعه من الاستمتاع ،أو يبغضه فتصبح الحياة الزوجية جحيما، أو يحبس الزوج أو يغيب أو يفقد ،فهل هذه الأضرار يجب الصّبرعليها؟ أم يحق للزوجة إزالتها بطلب التفريق ؟هذا ما سنجيب عليه في خمسة مباحث .

المبحث الأول: إزالـة الضرر النـاتـج عن انعدام النفقة

المبحث الثاني: إزالـة الضرر النـاتـج عن العيب.

المبحث الثالث: إزالـة الضرر النـاتـج عن نشوز الزوجة.

المبحث الرابع: إزالـة الضرر النـاتـج عن نشوز الزوج.

المبحث الخامس: إزالـة الضرر النـاتـج عن انعدام المعاشرة.

المبحث الأول

إزالة الضرر الناتج عن انعدام النفقة

قد تتضرر الزوجة بسبب إعسار الزوج عن النفقة و يتحقق ضررها عند رفض الزوج للنفقة وهو موسر،فهل النفقة واجبة للزوجة على زوجها ؟ وإذا وجبت فماهي أدلة وجوبها ؟ وماهي شروط وجوبها ؟ وهل ضرر الإعسار و رفض الإنفاق يوجب على الزوجة الصبر عليه؟ أم هو سبب يبيح لها طلب التفريق؟ وهذا ما سنبحثه في أربعة مطالب.

المطلب الأول: تعريف النفقة

المطلب الثاني: مشرعية النفقة و شروط وجوبها

المطلب الثالث: إزالة الضرر الناتج عن الإعسار بالنفقة

المطلب الرابع: إزالة الضرر الناتج عن الامتناع عن النفقة

المطلب الأول: تعريف النفقة

الفرع الأول: تعريف النفقة في اللغة

من نفق، يقال: نفقت الدابة تنفق نفوقا، أي ماتت. ونفق البيع نفَاقا: أي: راج. والنفاق: فعل المنافق. والنفاق أيضا: جمع النفقة من الدراهم. ونفق الزاد ينفق نفقا: أي: نفذ، وقد أنفقتُ الدراهم من النفقة، ورجل منافق أي كثير النفقة. و النفقة ما أنفقت واستنفقت على العيال وعلى نفسك. وأنفق المال صدقة، قال ﷻ: ﴿ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنفِقُواْ مِمَّا رَزَقَكُمُ ٱللَّهُ..... ﴾.[1] أي أنفقوا في سبيل الله وأطعموا وتصدقوا.واستنفقه أذهبه، ويقال: نفقت نفاق القوم، أي: نفقت سوقهم وأنفق الرجل، أي: افتقر وذهب ماله، ومنه قوله ﷻ:﴿....إِذًا لَّأَمۡسَكۡتُمۡ خَشۡيَةَ ٱلۡإِنفَاقِۚ .... ﴾[2]، أي لبخلتم خوف نفاذها بالإنفاق. والنفق: سرب في الأرض له مخلص إلى مكان ،والمقصود بالنفقة هنا ليست مشتقة من النفوق بمعنى الهلاك، ولا من النَفق، ولا من النفاقُ، بل هي اسم للشيء الذي ينفقه الرجل على أهله.[3]

الفرع الثاني: تعريف النفقة في الاصطلاح

عرفها الحنفية بأنها: "الإدرار على الشيء بما به بقاؤه".[4]

1-سورة يس: الآية 47.
2-سورة الإسراء:الآية 100.
3-ابن منظور: مصدر سابق، ج6، ص4507. الزبيدي: مصدر سابق، ج26، ص430. الجوهري: مصدر سابق، ج4، ص1561.
4-المرغيناني: مصدر سابق، ج4، ص854. ابن الهمام: شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت (د ط ت) ، ج4، ص378 ،ابن عابدين:: **حاشية رد المحتار**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة،(1385هـ ،1966 م) ج3، ص576.

كما عرفها ابن عرفة[1] من المالكية بأنها :« ما به قوامُ معتاد حال الآدمي دون سرف ».[2]

والقوام: بالكسر نظام الشيء وعماده، والمعنى به نظام حال الآدمي المعتاد ، وبذلك خرج ما به قوام معتاد غير الآدمي، أو ما به حصول قوت غير الآدمي، كالتبن للبهائم، وخرج أيضا ما ليس بمعتاد في قوت الآدمي، كالحلوى و الفواكه فإنه ليس بنفقة شرعية، وخرج أيضا بقوله: دون سرف، ما كان سرفا فإنه ليس بنفقة شرعية ولا يحكم بها الحاكم.

والمراد بالسرف الزائد على العادة بين الناس بأن يكون زائدا على ما ينبغي وعلى هذا فالحد شامل للكسوة والطعام والشراب[3].

أما الحنابلة فعرفوها بأنها:« كفاية من يمونه خبزا و أدما وكسوة و مسكنا و توابعها »[4]

1-هو محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي،أبو عبد الله :إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره ،ولد سنة (716هـ ،1316م)،وتوفى سنة(803هـ ،1400م) تولى إمامة الجامع الأعظم سنة 750هـ ،من كتبه المختصر الكبيرفي فقه المالكية ،والمبسوط في الفقه ...انظر الأعلام للزركلي ج7،ص43

2-الصاوي: حاشية بلغة السالك على الشرح الصغير، دار المعارف، بيروت،(د ط ت)، ج1، ص480. التسولي أبو الحسن: البهجة في شرح التحفة، ضبط: محمد عبد القادر شمين، دار الكتب العلمية بيروت ،الطبعة الأولى، سنة (1418هـ، 1998)، ج1، ص 382. الخرشي: مصدر سابق: ج4، ص183. عليش: منح الجليل على مختصر خليل،دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة(1404هـ، 1984م) ج4، ص385 ، النفراوي: **الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني**، دار الفكر، بيروت،(د ط ت) مصدر سابق ج2، ص183.

3-الصاوي: مصدر سابق، ج1 ، ص480. التسولي: مصدر سابق، ج1، ص 382. الخرشي: مصدر سابق: ج4، ص183. عليش: مصدر سابق ج4، ص385 ، النفراوي: مصدر سابق، ج2، ص183.

4-البهوتي: **شرح منتهى الإرادات**. تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة(1420هـ، 2000 م)، ج3، ص234. البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص459، الحجاوي سالم المقدسي: الإقناع، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، (د ط ت)، ج4، ص136.

وعرفها من المعاصرين، بدران أبو العينين بدران بقوله:« اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته وعياله وأقاربه ومماليكه من طعام أو كسوة ومسكن وخدمة، فالمراد بنفقة الزوجة: ما تحتاج إليه لمعيشتها من الطعام والكسوة، والسكن والخدمة، بحسب المتعارف بين الناس[1] ».

التعليق على التعاريف :

الناظر في تعاريف السابقين يجد بأن بعضها عام والبعض الآخر خاص، فمن التعاريف العامة ، تعريف الأحناف ، فهو يشمل الإنفاق على الإنسان والحيوان و النبات و غيرهم.

ومن التعاريف الخاصة تعريف المالكية و الحنابلة فإنهما يختصان بنفقة الإنسان فقط سواء كان هذا الإنسان زوجة أو قريبا ، عبدا أو أمة .

وفي نظري إن أرجح هذه التعاريف للنفقة المرادة هنا هو تعريف الحنابلة وذلك لوضوح ألفاظه، والله أعلم.

و تعريف بدران أبي العينين بدران يبدو أوضح من تعاريف السابقين لأنه يشمل كل ما تحتاج الزوجة إليه في حياتها اليومية.

1-بدران أبو العينين بدران: **الزواج والطلاق في الإسلام**، فقه مقارن بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، نشر مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية،(د ط ت)، ،ص 232.

المطلب الثاني: مشروعية النفقة و شروط وجوبها

الفرع الأول: أدلة مشروعية نفقة الزوج على الزوجة

نصَّ على مشروعية وجوب نفقة الزوج على زوجته أدلة كثيرة من الكتاب و السنة والإجماع.

أولا:من الكتاب

قال ﷻ: ﴿ **لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ** ... ﴾ [1].

فالفعل المضارع (ينفق) هنا يدل على الأمر لدخول لام الأمر عليه والأمر يدل على الوجوب ما لم يوجد صارف، ولا صارف هنا[2].

قال الله -ﷻ-: ﴿ **أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ**..... ﴾[3]

والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق؛ لأنها لاتصل إلى النفقة إلا بالخروج و الاكتساب ، وفي مصحف عبد الله بن مسعود :" **أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم** و **انفقوا عليهن مِّن وُجۡدِكُمۡ** » [4].

1-سورة الطلاق: الآية 07

2-الكاساني: مصدر سابق، ج04، ص18.

3-سورة الطلاق: الآية 06.

4-الكاساني: مصدر سابق، ج04، ص15.

وقوله -جلاله- : ﴿.... وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ....﴾[1]

يدل على أنَّ الواجب من النفقة و الكسوة على قدر حال الرجل في إعساره ويساره.[2]

وقال الله -عزّ وجلّ-:﴿.... فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ ﴿٣﴾ ﴾[3]

قال الشافعي – رحمه الله –:« وقول الله عزّ وجلّ : ﴿ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ ﴾ يدل – والله أعلم – أن على الزوج نفقة امرأته » .[4]

ثانيا:من السنة

روى جابر بن عبد الله[5] أنَّ رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال في حجة الوداع :[فاتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذتموهنّ بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن

1-سورة البقرة: الآية 233.

2-الجصاص : مصدر سابق، ج02، ص106.

3-سورة النساء: الآية 03.

4-الشافعي:**أحكام القرآن**، ج01، ص260.

5-هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن كعب بن سلمة وقيل في نسبه غير هذا، وهذا أشهرها يكنى بأبي عبد الله وقيل أبو عبد الرحمن والأول أصح، شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو حي، وقال بعضهم شهد بدرا وقيل لم يشهدها وكذلك غزوة أحد، شهد مع النبي ثماني عشرة غزوة، وشهد صفين مع علي بن أبي طالب -كرم الله وجهه-، كان من المكثرين في الحديث، الحافظين للسنن، روى عنه محمد بن علي بن الحسين، وعمرو بن دينار وعطاء ومجاهد و غيرهم، توفي سنة 74 هـ وقيل سنة 77هـ. ابن عبد البر: الاستيعاب، ص1141.

بالمعروف][1]. يتضح من الحديث أنَّ النفقة واجبة على الزوج لزوجته دل على ذلك قوله [لهن عليكم]، فعليكم هنا اسم فعل أمر بمعنى: (ألزموا) فوجب على الأزواج النفقة على زوجاتهم.

روى معاوية القشيري[2] عن أبيه قال: (قلت يا رسول الله: ماحق زوجة أحدنا عليه؟) قال:[أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت][3].

نصّ الحديث على الأمر بإطعام الزوجة وكسوتها، والأمر يفيد الوجوب مالم يصرفه صارف.

عن عائشة –رضي الله عنها– أن هند بنت عتبة[4] قالت: (يا رسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي بالمعروف إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم)، فقال: [خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف][5].

1–أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، مصدر سابق، ج8، ص184.

2–هو معاوية بن قشير بن كعب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة القشيري، سمع من النبي – صلى الله عليه وسلم– ومات في خراسان ، روى عنه ابنه. ابن حجر: الإصابة: ج03، ص412

3–رواه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في جق المرأة على زوجها، مصدر سابق، ص 372، قال الألباني: حسن صحيح. ورواه أحمد في مسنده، مسند البصريين ،حديث حكيم بن معاوية البهزي عن أبيه معاوية بن حيدة، ص213.

4–هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية الهاشمية، أم معاوية، أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان بن حرب، و كانت امرأة لها أنفة ورأي وعقل، شهدت أحد وهي كافرة مع زوجها، شهدت اليرموك وحرضت على قتال الروم، توفيت في خلافة عمر بن الخطاب– رضي الله عنه– في اليوم الذي توفي فيه أبو قحافة والد أبي بكر الصديق– رضي الله عنهما–. ابن عبد البر: الاستيعاب، ج4، ص198. ابن الأثير: أسد الغابة، ج7، ص281.

5–أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة ان تأخذ بغير علمه: ج05، ص2052. ومسلم في صحيحه كتاب الأقضية باب قصة هند: ج03، ص1338

لو لم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالأخذ منه.[1]

ثالثا: من الإجماع

دل الاجماع على وجوب نفقة الزوج على زوجته.[2]

رابعا: من المعقول.

إنَّ الزوجة حبست بحكم الشرع على خدمة الزوج ورعاية مصالح البيت و الأولاد فهي بهذا لا يتيسر لها الخروج لطلب الرزق فاستحقت النفقة لذلك، كمن يعمل في مصالح الدولة فمقابل تفرغه لخدمة الصالح العام استحق أجرة تكفيه وتكفي من يعول ومما هو مقرّر في قواعد الشريعة أنَّ من حبس لحق غيره نفقته واجبة عليه.[3]

الفرع الثاني: شروط وجوبها

اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة على زوجها ولكنهم اختلفوا في شروط وجوبها على قولين.

أولا: قول الجمهور

يرى جمهور الفقهاء بأن شروط وجوب نفقة الزوجة أربعة:

1-الكاساني : مصدر سابق، ج04، ص16.

2-ابن الهمام : مصدر سابق، ج04 ، ص397. ابن المنذر: الإجماع. تحقيق: الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، سنة 1403هـ، ص 78.

3-أبو زهرة : **محاضرات في الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي،القاهرة، الطبعة الثانية،سنة 1369 هـ -1950م، ص 232.

الشرط الأول: صحة عقد النكاح

أن تكون المرأة زوجة بعقد زواج صحيح شرعا فإذا كان العقد فاسدا أو باطلا فلا نفقة لها؛ لأن الواجب حينئذ الافتراق لا المعاشرة و الاحتباس.[1] إلا أنه إذا اقترن به دخول، فلا تخلو الموطوءة فيها أن تكون حائلا أو حاملا.

فإذا كانت حائلا فلا سكنى ولا نفقة؛ لأنها لم تستحقها في حال الاجتماع فأولى ألا تستحقها بعد الافتراق.
وإذا كانت حاملا فهي واجبة للحمل، فكان لها النفقة؛ لأن حملها في اللحوق كحمل ذات النكاح الصحيح فكانت له النفقة في الحالتين.[2]

الشرط الثاني: التسليم

تسليم الزوجة نفسها إلى زوجها وقت وجوب التسليم عليها، وهو أن تخلي الزوجة بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة إذا كان المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج.[3]

الشرط الثالث: صلاحيتها للزواج

أن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزوجية وواجباتها، فإذا كانت صغيرة وعقد عليها وهي غير صالحة للزواج فلا تستحق النفقة.[4]

1-الكاساني: مصدر سابق، ج4، ص16. ابن قدامة:مصدر سابق، ج8، ص188.
2-الماوردي: كتاب النفقات. تحقيق: عامر يعيد الزياري، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى،سنة (1418هـ، 1998م)، ص172.البهوتي : كشاف القناع ، ج5، ص480.
3-الكاساني: مصدر سابق، ج3،ص422. الشيرازي: مصدر سابق، ج3، ص48. البهوتي، كشاف القناع، ج5، ص486. وانظر: عبد الكريم زيدان: مرجع سابق، ج7، ص156.
4-السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت ، ج5، ص187.

الشرط الرابع: عدم تفويت حق الزوج

ألا يفوت حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مبرر شرعي وبسبب ليس من جهته، أما إذا كان فوات الاحتباس لمبرّر شرعي، كما إذا امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية لكونه مشغولا بسكنى الغير، أو لعدم قبضها معجل صداقها، فتجب لها النفقة على زوجها ولو كان فقيرا أو مريضا مرضا يمنعه من قربان زوجته، أو كان مسافرا أو صغيرا لا يقدر على المواقعة سواء كانت الزوجة غنية أو فقيرة، مسلمة أو كتابية، زفت إلى زوجها أو لم تزف.[1]

ثانيا:قول المالكية

تتقسم شروط وجوب النفقة عند المالكية إلى قسمين: شروط قبل الدخول وأخرى بعد الدخول.

القسم الأول: شروط وجوب النفقة قبل الدخول

إن الزوج لا ينتفع بزوجته ولا يمكنه الاستمتاع بها قبل الدخول لذلك فإنها لا تجب لها النفقة أو باطلا

إلا بثلاثة شروط:

– تجب النفقة لغير المدخول بها بعد دعائها أو دعاء مجبرها للدخول ولو لم يكن عند حاكم ومضى زمن يتجهّز فيه كل منهما عادة، هذا إن كان الزوج حاضرا[2].

وأما إن كان غائبا وجبت لها، وإن لم تدعه قبل غيبته قربت أو بعدت على الراجح بشرط إطاقتها وبلوغه وطلبها للإنفاق عند حاكم، ويسألها هل تمكنه منها

1–بدران أبو العينين بدران: مرجع سابق، ص232.
2–محمد عليش: مصدر سابق، ج4، ص385.

لو كان حاضرا ؟ فإن قالت: نعم، فرض لها وإذا اختلفا في الدعوة بأن قالت: دعوتك للدخول في نحو شهر مثلا، وهو ينكر ذلك فالقول قوله.[1]

- إطاقة الزوجة للوطء وعدم وجود مانع من الاستمتاع بها، فإن كانت غير مطيقة لصغرها أوبها مانع من رتق ونحوه، أو اشتدّ مرضها بحيث أخذت في السياق، وهو الأخذ في النزع فلا نفقة لها قبل الدخول، لأنها غير صالحة للاستمتاع بها.[2]

وكذلك لو كانت مريضة مرضا شديدا دون إشرافها على الموت، ودعته إلى البناء بها وطلبت النفقة، إلا أنه لا يقدر على الاستمتاع بها، فلا نفقة لها قبل الدخول، وفي المدونة يجب لها النفقة على هذه الحالة.[3]

- بلوغ الزوج وقدرته على الوطء، وأما لو كان غير بالغ فلا تجب مطلقا؛ لأنها إن كانت بالغة رشيدة فقد مكّنت من نفسها، وإن كانت غير بالغة فقد سلّطه وليّها عليها، كذلك إن كان مريضا مرضا مشرفا فيه على الموت، فلا نفقة عليه قبل الدخول[4] لعدم قدرته على الوطء.

القسم الثاني: شروط وجوب النفقة بعد الدخول

تجب النفقة للزوجة المدخول بها بشرطين:

1-العدوي : علي بن أحمد ابن معرم:**حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني**، دار الفكر،بيروت،(د ط ت)، ج2، ص68.

2-الدسوقي: **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر، بيروت، (د ط ت)، ج2،ص799. العدوي: مصدر سابق، ج2، ص133.

3-مالك بن أنس: **المدونة الكبرى**، دار الفكر، بيروت، (د ط ت)، ج2، ص177.

4-العدوي: مصدر سابق، ج2، ص133.

– أن يكون الزوج موسرا قادرا على الإنفاق؛ لأن المعسر لا تلزمه النفقة[1]، لقوله ﷻ: ﴿.... وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ...ۚ﴾ [2]

– أن تكون الزوجة مستعدة للقيام بحقوق زوجها، وتسقط إذا منعته الوطء أو غيره من الاستمتاع لغير عذر، أو خرجت من مجلسه بغير إذنه، ولم يقدر على ردّها بوجه، وإلا وجبت لها النفقة، كما تجب لها النفقة إذا خرجت لضرر بها منه وعجز عن ردّها، وهذا كله بالنسبة للمرأة الحاضر زوجها وهي في عصمته، أما إن كان غائبا وخرجت من منزله مدّة سفره، أو كانت حاملا، فلها النفقة، وإن خرجت من محل طاعته، وإذا وجد شرط الإنفاق وجبت النفقة[3].

المطلب الثالث: إزالة الضرر الناتج عن الإعسار بالنفقة

وسنعرض آراء الفقهاء وموقف قانون الأسرة الجزائري في فرعين.

الفرع الأول: إزالة الضرر عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في إزالة ضرر الإعسار عن النفقة، فمنهم من قال بوجوب صبر الزوجة عليه ومنهم من قال أنه ضرر لا يحتمل، بل هو سبب يجيز طلب التفريق و منهم من وقف موقفا وسطًا.

1–المصدر نفسه.
2–سورة الطلاق: الآية 7.
3–النفراوي: مصدر سابق، ج3، ص 1077.

أولا: القائلون بإزالة ضرر الإعسار بالفرقة

يرى جمهور الفقهاء بأن المرأة التي أعسر زوجها عن نفقتها لا يلزمها الصبر على الضرر الناتج عن الإعسار، و إنما يجوز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليزيل الضرر عنها بالتفريق عن زوجها المعسر.

قول المالكية: جاء في أحكام القرآن لابن العربي[1]: « حكم الإمساك بالمعروف أن على الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإذا لم يفعل خرج عن حدّ المعروف فيطلّقها عليه الحاكم من أجل الضّرر اللاحق بها في بقائها عند من لا يقدر على نفقتها[2]».

وقال الخرشي[3]: « إذا عجز الزوج على النفقة الحاضرة أو المستقبلة دون الماضية فإن لزوجته اختيار المقام معه على ذلك ولها القيام بالفسخ».[4]

ب- قول الشافعية:

جاء في كتاب الأم:"إذا لم يجد ما ينفق عليها تخيّر المرأة بين المقام معه و فراقه".[5]

1-هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربي من أهل اشبيلية، الإمام العلامة المتبحر، له كتب كثيرة في علوم مختلفة منها أحكام القرآن، كتاب المسالك في شرح الموطأ و كتاب القبس و عارضة الأحوذي على سنن الترمذي، توفي سنة (543 هـ-1149م)، ابن فرحون: مصدر سابق، ج2، ص 252.

2-ابن العربي : مصدر سابق، ج2، ص 200.

3-هو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي: فقيه مصري شهير أول من تولى مشيخة الأزهر وانتهت إليه رئاسة مصر العلمية، له شرحان على المختصر و له غيرها توفي سنة (1101هـ-1690 م). الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص 284.

4-الخرشي: **على مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت، (د ط ت) ج3، ص 366.

5-الشافعي: **الأم**،ج5، ص91. الشربيني: **مغني المحتاج**، ج3، ص 442.

ج-قول الحنابلة:

جاء في المحرّر:« إذا أعسر الزوج بنفقة القوت أو الكسوة أو بعضها، للزوجة فسخ النكاح ولها القيام عنده».[1]

أدلة الجمهور:

واستند جمهور الفقهاء لقولهم بجواز الصبر على ضرر الإعسار أو دفعه بالفرقة على أدلة من الكتاب و السنّة المطهرة.

الأدلة من الكتاب:

قوله ﷻ:﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾[2]

قال القرطبي في تفسير هذه الآية:« إن من الإمساك بالمعروف ،أن الزوج إذا لم يجد ما ينفق على الزوجة أن يطلقها، فإن لم يفعل خرج عن حدّ المعروف فيطلق عليه الحاكم من أجل الضررّ اللاحق بها من بَقائها عند من لا يقدر على نفقتها، و الجوع لا صبر عليه».[3]

قال ﷻ:﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ ﴾[4]

فالله ينهى عن إمساك الزوجة إضرارًا بها، وعدم الإنفاق إضرار، وعلى القاضي أن يوقف هذا العدوان بالتفريق.

1-أبو البركات: **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل،** دار الكتاب العربي،بيروت، (د ط ت)،ج2، ص 116.
2-سورة البقرة: الآية229.
3-القرطبي: مصدر سابق، ج5، ص 155.
4-سورة البقرة: الآية 231.

الأدلة من السنة :

روي عن أبي هريرة -ﷺ- عن النبي -ﷺ-أنه قال :[أفضل الصدقة ما ترك غنى، و اليد العليا خير من اليد السفلى ،و ابدأ بمن تعول، تقول المرأة: إما أن تطعمني و إما أن تطلقني، و يقول العبد: أطعمني و استعملني و يقول الابن: أطعمني إلى من تدعني].[1]

فهذا الحديث جعل للمرأة حق الفراق عند الامتناع عن الإنفاق.

ثانيا: القائلون بوجوب الصبر على ضرر الإعسار

يرى الحنفية و الظاهرية بأن الزوجة يجب عليها أن تصبر على ضرر إعسار زوجها عن النفقة، ولا يجوز لها أن تطلب الطلاق منه ،و أن ليس للقاضي أن يفرّق بين الزوجين بسبب الضرر الناتج عن الإعسار عن النفقة، قال الكمال بن الهمام[2]:« ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرّق بينهما ويقال لها: استديني عليه»[3] و جاء في حاشية رد المحتار :« إذا لم تجد من تستدين منه عليه اكتسبت وأنفقت و

1-رواه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، مصدر سابق، ج7، ص63.

2-هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين المعروف بابن الهمام إمام من علماء الحنفية كان معظما عند الملوك و أرباب الدولة من كتبه فتح القدير، شرح الهداية و غيره توفي سنة (861 هـ،1475 م). الزركلي: الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الخامسة عشر، سنة (1422هـ، 2002م) ج6، ص 255.

3-ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد: **شرح فتح القدير**، دار إحياء التراث العربي، بيروت (د ط ت) ،ج4، ص 389.و انظر السرخسي: مصدر سابق، (د ط ت)،ج5، ص 190.

جعلته دينا بأمر القاضي »[1] وجاء في المحلىّ : «فإذا عجز الزوج عن نفقة نفسه وامرأته غنية كُلفت النفقة عليها ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أيسر».[2]

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب و السنة المطهرة .

الأدلة من الكتاب :

قال ﷻ ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾[3]

جاء في أحكام القرآن تفسير هذه الآية: و قد تضمن أي النّص معنى آخر من جهة الحكم، و هو الإخبار بأنه إذا لم يقدر على النفقة لم يكلفه الله الإنفاق في هذه الحال، وإذا لم يكلف الإنفاق لم يجز التفريق بينه و بين امرأته لعجزه عن نفقتها، و في ذلك بطلان قول من فرّق بين العاجز عن النفقة و امرأته[4] .

الأدلة من السنة:

و روى مسلم :[دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله -ﷺ- فوجد الناس جلوسا ببابه لم يأذن لأحد منهم،قال: فأذن لأبي بكر،فدخل ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له فوجد النبي -ﷺ- حوله نساؤه واجما ساكتا، فقال أبو بكر: لأقولن شيئا

1-ابن عابدين: مصدر سابق ج3، ص591.

2-ابن حزم: مصدر سابق، ج9، ص 253.

3-سورة الطلاق: الآية 7.

4-الجصاص: مصدر سابق، ج3، ص 464.

أضحك النبي –ﷺ – فقال:« يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة[1] سألتني النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها فضحك رسول الله –ﷺ– وقال: هنَّ حولي كما ترى يسألنني النفقة ، فقام أبوبكر إلى عائشة[2] يجأ عنقها و قام عمر إلى حفصة[3] يجأ عنقها كلاهما يقول: تسألن رسول الله ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله شيئا أبدا ليس عنده، ثم أعتزلهن شهرًا].[4]

قال ابن حزم:«فإن كان أبو بكر يضرب ابنته و زوجته عن نفقة لا يجدها ،و كذا يضرب عمر ابنته عن ذلك، فمن المحال المتيقن ضربهنّ على حقٍّ يطالبن به»[5].

ثالثا: القول الوسط

يرى ابن القيم بأن الزوجة يجب عليها الصبر على ضرر إعسار زوجها في حالة إذا ما تزوجته و هي عالمة بإعساره أو أصابه العسر بعد اليسار

1-حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير بن مالك بن امرئ القيس بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج بن الحارث بن الخزرج زوجة أبي بكر الصديق. ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج7، ص575. ابن عبد البر: الاستيعاب، ج1، ص583.

2–هي أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق أمها أم رومان بنت عامر، ولدت بعد البعثة بأربع سنين أو خمس، تزوجها النبي -ﷺ- وهي بنت ست ودخل بها وهي بنت تسع، توفيت سنة 58 هـ. ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج8، ص16. ابن سعد: الطبقات الكبرى، ج8، ص58.

3–هي أم المؤمنيين حفصة بنت عمر بن الخطاب أمير المؤمنيين، ماتت بالمدينة لما بايع الحسن معاوية وذلك في جمادى الأول سنة 41هـ. ابن حجر: الإصابة في تمييز الصحابة، ج7، ص581– 582. ابن عبد البر: الاستيعاب، ج1، ص584.

4–أخرجه مسلم في صحيحه: كتاب الطلاق، باب أن تخييره امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية، مصدر سابق: ج10، ص81.

5–ابن حزم: مصدر سابق، ج9، ص 260.

فيقول:« و إن تزوجته عالمة بعسره أو كان ميسورا ثم أصابته جائحة اجتاحت ماله فلا فسخ لها في ذلك ولا يزال الناس تصيبهم الفاقة بعد اليسار، ولم ترفعهم أزواجهم إلى الحاكم ليفرق بينهم وبينهن» .[1]

أما في حالة ما إذا ادّعى الزوج اليسار فوجدته الزوجة معسرا أو كان ذا مالٍ وامتنع عن نفقتها فيرى ابن القيم بأن لها أن تدفع ضرر إعسار زوجها فقال:«والذي تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة أن الرجل إذا غرَّ المرأة بأنه ذو مال فتزوجته على ذلك فظهر معدما لا شيء عنده أو كان ذا مالٍ و ترك الإنفاق على امرأته ولم تقدر على أخذ كفايتها من ماله بنفسها ولا بالحاكم أن لها الفسخ ».[2]

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري

بالنظر إلى الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري 05-09 المؤرخ في 04 مايو 2005 والتي نصها:

يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.[3]

1-ابن القيم: زاد المعاد في خير العباد، مكتبة المنار الإسلامية، الأردن،الطبعة الرابعة عشر،(د ت)،ج5، ص 521 .

2-المرجع نفسه.

3-مولود ديدان: **قانون الأسرة الجزائري**، رقم 05 09، المؤرخ في 04 ماي 2005م، دار النجاح للكتاب، الجزائر،ص 13.

يتبين لنا بأن الزوجة يجب عليها أن تصبر على ضرر إعسار زوجها على النفقة إذا كانت عالمة بإعساره وتزوجته. وهو رأي جمهور الفقهاء القائلين بوجوب الصبر على ضرر الإعسار وذلك لأنها حينما تزوجته كانت راضية بإعساره فلا يجوز لها أن تدفع ضرر الإعسار عن النفقة بإضرار زوجها بالتفريق عنه،لكن إن لم تكن عالمة بإعساره وتزوجته فوجدته معسرا أو غرّر بها على أنه موسر فظهر عسره بعد زواجهما ففي هاتين الحالتين يجوز لها أن تدفع ضرر الإعسار عنها بطلب التفريق و هذا الرأي قال به ابن القيم.

و في حالة ما إذا كان الزوج موسرا و أصابته الفاقة، فالقانون يلزمها بالصبر على الضرر الذي أصابها، فإن لم تصبر رفعت أمرها للقاضي ليحكم لها بالنفقة، فإن حكم لها بالنفقة، و لم تتحصل عليها من زوجها جاز لها أن تدفع ضرر الإعسار بطلب تفريقها عنه.

وهذه الإجراءات التي نص عليها قانون الأسرة و المتمثلة في رفع الأمر إلى القاضي لطلب النفقة وانتظار صدور الحكم بالنفقة؛ ليتسنى للزوجة رفع دعوى للمطالبة بالتطليق و بعد ذلك صدور حكم التطليق يتبين لنا بأن قانون الأسرة يلزم الزوجة بالصبر على ضرر الإعسار عن النفقة، فإن استعملت كل الإجراءات السابقة الذكر فمعنى ذلك أن الزوجة نفذ صبرها و على القاضي أن يدفع ضرر الإعسار عنها بالتفريق بينها وبين زوجها لعل الله يجعل لها مخرجا، وهذا الرأي قال به المالكية.

و في جميع الحالات إن استطاعت الزوجة أن تصبر على ضرر إعسار زوجها عن النفقة سواء كانت عالمة بإعساره قبل الزواج أم لم تعلم، أو غشّها الزوج على أنه موسر وتبين بأنه معسر، أو أصابه الإعسار بعد اليسار ولم ترفع أمرها للقاضي لتطالب بالنفقة أو تطالب بالتفريق، فلها أن تحافظ على كيان أسرتها

و هذا ما يهدف إليه قانون الأسرة الجزائري، لأن ضرر التفريق أشدّ من ضرر الإعسار.

المطلب الرابع: إزالة ضرر الامتناع عن النفقة

قد يمتنع الزوج عن نفقة زوجته وهو مُوسر فيلحق بها الضرر، فهل يُزال ضررها بالاستدانة عليه و يأمره القاضي بالتسديد؟ أو يُرْفَعُ الضرر عنها بطلبها الفرقة من القاضي فيحكم لها بذلك؟هذا ما سنجيب عليه من خلال آراء فقهاء الشريعة الإسلامية وموقف قانون الأسرة الجزائري في فرعين.

الفرع الأول:إزالة الضرر عندالفقهاء

اتفق جمهور الفقهاء على وجوب إزالة ضرر الامتناع عن النفقة على الزوجة بشتى الوسائل و الطرق الممكنة، فإما أن تأخذ من ماله بدون علمه، و إما ببيع ماله إن كان له مال ظاهر، أو بحبسه، أو الاستدانة عليه، أو بخروجها للكسب للإنفاق على نفسها، و جعله دينًا عليه، أو بالتفريق بينهما.

أولا:رأي الحنفية

ذكر ابن الهمام في كتابه شرح فتح القدير: « أنه لا يفرّق بينهما بسبب عدم الإنفاق أو الإعسار، ويبيع الحاكم عليه ماله و يصرفه في نفقتها، فإن لم يجد له مالا يحبسه حتى ينفق عليها و لا يفرق بينهما».[1]

وجاء في حاشية ردّ المحتار جواز دفع ضرر عدم الإنفاق باستدانة المرأة على زوجها و جعله دينا عليه، فإن لم تجد خرجت لطلب الرزق على أن يكون دَينا في ذمته « إذا لم تجد المرأة من تستدين منه عليه اكتسبت وجعلته دينا بأمر

1–ابن الهمام: مصدر سابق، ج4، ص 202.

القاضي»[1]. وورد في حاشية ابن عابدين رأي مخالف لرأي أبي حنيفة[2] في عدم جواز دفع ضرر الامتناع عن الإنفاق بالتفريق إذ قد لا تجد المرأة من تستدين منه, و لا يتيسّر لها سبيل العمل للكسب للإنفاق على نفسها فقال:« إعلم أن مشايخنا استحسنوا أن ينصب القاضي الحنفي نائبا ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضرا وأبىَ الطلاق لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسّر بالاستدانة إذ الظاهر أنها لا تجد من يقرضها وغنى الزوج مال متوهم فالتفريق ضروري إذا طلبته » .[3]

ثانيا:رأي المالكية

يرى المالكية بأن الزوجة الحاضر زوجها الموسر الممتنع عن نفقتها لها الخيار في دفع الضرر عنها، إما بالبقاء معه و القاضي ينصفها، و إما أن يطلقها عنه، جاء في الشرح على مختصر خليل: « و أما من يثبت عسره ولم يقرّ بالملأ و امتنع عن الإنفاق والطلاق فإنه يعجّل عليه الطلاق على قولٍ، و يسجن حتى ينفق عليها على آخر و إن سجن ولم يفعل يعجّل عليه الطلاق»[4]، وجاء في مواهب الجليل:«فإن لم يثبت عسره وامتنع عن الإنفاق و الطلاق، فتارة يقرّ بالملأ وتارة يدّعي العسر، فإن ادّعى العسر تلوم له و إن أقرّ بالملأ ففي ذلك قولان:أحدهما أنه يعجّل عليه الطلاق، والثاني أنه يسجن حتى ينفق، وعليه إن كان

1- ابن عابدين:مصدر سابق، ج3، ص 591.

2-هو النعمان بن ثابت بن زوطي ابن ما ه، المكنى بأبي حنيفة، الفقيه المحدث صاحب المذهب ولد بالكوفة في خلافة عبد الملك بن مروان سنة 80هـ -699 م، وتوفي سنة (150هـ -767 م)ببغداد. ابن سعد: الطبقات الكبرى، ج5، ص413.

3-مصدر سابق، ج3، ص 591.

4-الزرقاني: **شرح على مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت،(د ط ت)، ج4، ص 256.

له مال ظاهر أخذت النفقة منه كرها»[1]. أما الزوجة التي غاب عنها زوجها و أصابها ضرر بانعدام النفقة فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي فإن كان له مال ظاهر بيع عليه و صرف لنفقتها، و إن لم يكن له مال و انقطع خبره فالقاضي يؤجّلها شهرا ثم يخيّرها بين البقاء و الفرقة، قال ميارة[2]: «من غاب عن زوجته ولم يترك لها نفقة و أرادت فراقه، فإنها تؤجّل شهرا فإذا انقضى الشهر خيّرت في البقاء أو الطلاق، فإن اختارته فإنها تطلقّ عليه بعد يمينها أنه لم يترك لها نفقة ولا بعث بها ولا وصلتها».[3]

وقال ابن جزي[4]:«و إن كان غائبا ولا مال له ينفق عليها منه، كان لها الخيار على المشهور».[5]

ثالثا:رأي الشافعية

يرى الشافعية بأن الزوجة التي أصابها ضرر بامتناع زوجها عن نفقتها فإنه يجوز لها أن تستعمل جميع الطرق والوسائل لأخذ نفقتها منه و لو بغير علمه

1-الحطاب: **مواهب الجليل**، دار الفكر، بيروت ، الطبعة الثانية، سنة (1412هـ ، 1992م)،ج4، ص 196.

2-هو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فقيه متفنن ألف كتبا مفيدة منها شرح تحفة ابن عاصم شرح على المرشد المعين و اختصر شرح الحطاب، توفي سنة (1172هـ،1662 م). الحجوي: الفكر السامي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى سنة (1416هـ، 1996م) ج2، ص 279.

3-ميارة: **الشرح على التحفة**، دار الفكر، بيروت،(د ط ت)، ج1، ص 264.

4-هو أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، كان حافظا قائما على التدريس، ألف كثيرا في فنون شتى كالقوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية و تهذيب صحيح مسلم و غيرها، توفي سنة (741هـ-1341 م). ابن فرحون: مصدر سابق، ج2، ص 274.

5-ابن جزي: القوانين الفقهية، تحقيق محمد أمين الضناوي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1420هـ، 2000م) ، ص221.

لقوله -ﷺ- لهند: [خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف...][1]. فإن لم تجد ما تأخذه رفعت أمرها إلى القاضي فيجبره على النفقة فإن أبى أمر بحبسه حتى ينفق ولا يجيزون رفع ضرر عدم الإنفاق بضرر أشد منه و هو التفريق .جاء في المجموع :« أنها لا تطلق عليه لإمكان حصول النفقة منه ولو بالإكراه لأن التفريق لعدم الإنفاق ثبت قياسا على التفريق للعيب، فكما لا يصح التفريق إلا بثبوت العيب، فكذلك لا تفريق إلا بتحقق الإعسار ولا ثبوت له في هذه الحالة إذن فلا تفريق » .[2]

رابعا: رأي الحنابلة

يرى الحنابلة بأن الزوجة المتضرّرة بعدم إنفاق زوجها عليها يجوز لها أن تزيل الضرر عنها بأخذ نفقتها من مال زوجها سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا فإن لم تستطع أجبره القاضي على النّفقة، فإن امتنع أمر بحبسه، فإن أصرّ على امتناعه طلّق عليه القاضي لإزالة الضرر عنها. جاء في المحرّر:« إذا تعذّر دفع النفقة من ماله بأن غيبه و صبر على الحبس فلها فراقه » .[3]

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري

بالنظر إلى البند الأول من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصها:

يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1-رواه البخاري في صحيحه ،كتاب النفقات ،باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، ج5، ص2052

2-النووي: المجموع، دار الفكر، بيروت، (د ط ت)، ج4، ص442.

3-أبو البركات: مصدر سابق، ج2، ص116

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون[1].

يتبين لنا بأن عدم الإنفاق يشمل ضرر الإعسار، وضرر الامتناع عن النفقة، فالزوجة التي أصابها ضرر انعدام النفقة بامتناع زوجها عن نفقتها، يلزمها قانون الأسرة الجزائري بالصبر على ضرر الامتناع عن النفقة حفاظا على كيان الأسرة بالإجراءات التي وضعها لها و المتمثلة في رفع دعوى المطالبة بالنفقة وانتظار الحكم لها بذلك فإن حكم لها القاضي بالنفقة جاز لها أن ترفع دعوى لطلب التفريق بينها وبين زوجها، فإذا طلبت التفريق من القاضي استجاب لطلبها و هو رأي جمهور الفقهاء، و قد أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة التي امتنع زوجها عن نفقتها أن تأخذها من مال زوجها ولو من دون علمه طبقا للمادة-222- والتي نصها: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».[2]

كما أن قانون الأسرة الجزائري أعطى للزوجة الممتنع زوجها عن نفقتها الحقّ في الاستدانة عليه أخذا بقول فقهاء المذهب الحنفي طبقا للمادة 80- التي نصّها تستحقّ النفقة من تاريخ رفع الدعوى.[3] فهذه المادة تبين بأنّ الزوجة التي صبرت على ضرر امتناع زوجها عن النفقة إن أنفقت على نفسها من مالها أو من مال وليها أو بالاستدانة يحكم لها القاضي باسترجاع أموالها و إن تجاوزت سنة على أن تكون الاستدانة معقولة في حدود حاجتها وحالة الزوج المالية تماشيا مع قوله -ﷺ-:[... خذي ما يكفيك وولدكِ بالمعروف...].[4]

1- مولود ديدان: مرجع سابق، ص13.
2-مولود ديدان : مرجع سابق، ص45.
3-المرجع نفسه، ص18.
4-سبق تخريجه. ص 60

وطبقا للمادة 79 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصّها: "يراعي القاضي في تقديره النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".[1]

1-مولود ديدان: مرجع سابق، ص18.

المبحث الثاني

إزالة الضرر الناتج عن العيب

إن العلاقة الزوجية تبنى على المودة، والرحمة، والمحبّة، والمعاشرة بالمعروف، ولولا هذه الأسس والمعاني الكامنة في نفوس الأزواج، لما استطاع أحد الزوجين أن يصبر على أذى الآخر مدّة قصيرة، وعند أول لقاء قد يكتشف أحد الزوجين عيبا بصاحبه، يضرّه ويمنعه من تحقيق الحياة الزوجية السعيدة، أو يحدث هذا العيب في فترة الحياة الزوجية بينهما، فينتج عنه ما يتضرّر به الزوج من الآخر، وقد يكون هذا الضرر مرضا معديا منقّرا، أو عيبا يمنع أحد الزوجين من مباشرة الآخر، ومن تحقيق المقاصد الشرعية التي لأجلها شرع الزواج، كالاستمتاع و التناسل، فإذا كان بأحد الزوجين عيب جنسي أو مرض معدي، فهل يلزم الزوج الآخر بالصبر على ضرر يجعل حياته حياة ضنكه؟ أم يلزمه إزالة هذا الضّرر بالعلاج إن كان ممكنا؟ أو يدفع الضّرر عنه بحقّ الخيار في التفريق ؟ هذا ما سنتناوله في المطلب الثاني على أن نتعرف على مفهوم العيب في المطلب الأول.

المطلب الأول: تعريف العيب

المطلب الثاني: إزالة الضرر عند الفقهاء

المطلب الأول: تعريف العيب

الفرع الأول: تعريف العيب في اللغة

جاء في لسان العرب:" العاب و العيب و العيبة : الوصمة.

وعاب الشيء و الحائط صار ذا عيب... وعيّبه وتعيّبه نسبه إلى العيب وجعله ذا عيب".[1]

وجاء في القاموس المحيط: "عاب لازم ومتعد وهو معيب وعيوب ورجل عيبة كهمزة

وعيّاب وعيابة كثير العيب للناس.[2]

ويفهم من خلال هذين التعريفين بأن العيب قد ينتج عنه ضرر حسي أو ضرر معنوي.

الفرع الثاني: تعريف العيب في الاصطلاح

لم يرد في كتب الفقه الإسلامي تعريفا واضحا للعيب المنتج للضرر المتعدّي من أحد الزوجين للآخر المجيز للتفريق، وإنما اكتفت بذكر أنواعه و أقسامه وتعريفها، ويمكن أن أقترح تعريفا للعيّب المنتج للضرر المجيز للتفريق شاملا لأقسامه وأنواعه فيكون كالتالي :العيب هو كل مرض ضار ، منفر ، معدي ، سواء كان جنسيا ، أو جسديا ، أو عقليا ،لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل" وتكاد كتب الفقه تجمع على تقسيم العيب الضارّ إلى قسمين:

1-ابن منظور:مصدر سابق، ج4، ص 3183-3184.

2-الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب: **قاموس المحيط**،دار الكتاب العربي، بيروت،(د ط ت)، ج1، ص 109 .

القسم الأول: الأمراض

- الجنون: وهو زوال العقل و ذهابه.
- البرص: وهو بياض يظهر في ظاهر الجسد لفساد الدم.[1]
- الجذام: داء يتقطع منه اللحم ويتساقط.[2]

القسم الثاني: العيوب الجنسية

هناك عيوب خاصة بالرجل وعيوب خاصة بالمرأة:

أ – العيوب الخاصة بالرجل:

– العنة: وهو صغر الذكر فلا يأتي الجماع لامتناع تأتي إيلاجه.[3]

– الخصاء: وهو سل الخصيتين.[4]

– الجب: وهو قطع الإحليل والأنثيين.[5]

– الحصر: الحصور المخلوق بغير ذكر أو بذكر صغير لا يتأتى إيلاجه.[6]

– الإعتراض:وهو الذي لا يقدر على الوطء لعارض وربما كان بعد وطء تقدم منه وربما كان عن امرأة دون أخرى فالمعترض هنا يؤجل لسنة.[7]

1–الدردير: **الشرح الكبير على مختصر خليل**، ج2، ص 277–278 .

2–الدردير، مصدر سابق، ج2، ص278.

3–القاضي عبد الوهاب: **التلقين في الفقه المالكي**، تحقيق ودراسة: محمد ثالث سعيد الغاني، دار الفكر، (د ط)، سنة (1415هـ, 1995م)،ج1،ص296.

4–الدردير: الشرح الكبير،ج2، ص 277–278.

5–العدوي : مصدر سابق، ج2، ص 85. ابن جزي :مصدر سابق، ص 210 .

6–ابن جزي: المصدر نفسه، ص210.

7–القاضي عبد الوهاب: **التلقين**، ج1، ص 296.

ب- العيوب الخاصة بالمرأة:

- العفل: وهو عبارة عن رغوة تحدث في الفرج عند الجماع.[1]

- البخر: وهو نتن الفرج.[2]

- القرن: هو خروج شيء بارز في الفرج يمنع الجماع.[3]

- الرتق: انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع ويكون باللحم و العظم.[4]

العظم.[4]

- الإفضاء: وهو اختلاط مسلك البول و الذكر وقيل اختلاط مسلك البول و الغائط وقيل سبيل الحيض و الغائط.[5]

المطلب الثاني: إزالة الضرر عند الفقهاء

يرى جمهور الفقهاء بأن للزوجين الحقّ في إزالة الضرر الناتج عن العيب بفرقة الخيار، فإذا وجد أحد الزوجين عيبا بالآخر فله إزالته بالفرقة إن اختارها، أما الحنفية فيرون أنّ حقّ خيار الفرقة يكون للزوجة فقط؛ لأنه السبيل الوحيد لإزالة الضّرر عنها، أما الظاهرية ومن وافقهم فيرون أن لا حقّ لكلا الزوجين في خيار الفرقة بالعيب، وسنعرض آراء الفقهاء وموقف قانون الأسرة الجزائري في أربعة فروع.

1-الدردير: الشرح الكبير،ج2، ص 278.

2-المصدر نفسه، ج2، ص278.

3-النفراوي أحمد بن غنيم : مصدر سابق ،ج2، ص 40.

4-الدردير: **الشرح الكبير**، ج2، ص 277-278.

5-وهبة الزحيلي: **الفقه الإسلامي و أدلته**،ج7، ص 514.

الفرع الأول:رأي الجمهور

اتفق جمهور الفقهاء على أن للزوجين حقّ الخيار في طلب الفرقة، إذا وجد أحد الزوجين عيبا بصاحبه لإزالة الضرر عنه، ولكنهم اختلفوا في عدد ونوع العيوب المنتجة للضرر التي تجيز لكلا الزوجين طلب إزالته بالفرقة إلى ثلاثة أراء.

أولا: رأي المالكية

يرى المالكية بأن العيوب المنتجة للضرر المجيزة للتفريق ثلاثة عشر عيبا.

قال الدردير:« وحاصل ما أشار إليه المصنف خليل أن العيوب في الرجل و المرأة ثلاثة عشر، أربعة يشتركان فيها و هي: الجنون، والجذام، و البرص ،والعذيطة ،وأربعة خاصة بالرجل: الجب والخصاء والاعتراض والعنة ،و خمسة خاصة بالمرأة وهي: الرتق و القرن والعفل والإفضاء والبخر»[1]،وهذه العيوب التي ذكرها الدردير لم يقع الإجماع عليها عند المالكية، و أضاف ابن رشد للعيوب السابقة الذكرعيوبا مختلفا فيها ، فقال:« واختلف أصحاب مالك في أربع: السواد والقرع وبخر الفرج والفم، فقيل: ترد بها وقيل: لاترد»[2] ،وبيّن سبب اختلافهم بقوله:«واختلف أصحاب مالك في العلّة التي من أجلها قصر الردّ على هذه العيوب الأربعة، فقيل: لأن ذلك شرع غير معلّل، وقيل لأن ذلك مما يخفى، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى، وقيل: لأنها يخاف سريانها إلى الأبناء، وعلى هذا

1-الدردير: الشرح الكبير،ج2، ص 278.

2-ابن رشد الحفيد:مصدر سابق، ج2، ص 50.

التعليل يردّ بالسواد و القرع وعلى الأول يردّ بكل عيب إذا علم أنه مما خفي على الزوج».[1]

واختلف المالكية في العيب الموجود بأحد الزوجين قبل العقد، وبعد العقد هل يعتبر ضررا يجيز للآخر دفعه بالتفريق في الحال أو يصبر على هذا الضرر ويمهل صاحبه للعلاج؟

قال الدردير:«واعلم أن من وجد بصاحبه عيبًا لم يعلم به و لم يرض به فله الخيار».[2]

وجاء في أسهل المدارك:«يثبت الخيار من أحد الزوجين بظهور عيب قبل العقد أو بعده».[3]

وجاء في الشرح الصغير:« أن ما حدث منها بعد العقد فإن كان بالزوجة فلا ردّ للزوج به و هي مصيبة نزلت به ،و إن كان بالزوج فلها ردّه ببرص و جنون و جذام لشدة

الإيذاء بها وعدم الصبر عليها».[4]

ويرى المالكية: بأن الزوجة التي وجدت بزوجها عيبًا ضارّا يجوز لها دفعه في الحال، لأنه لا جدوى من صبرها عليه.

1-المصدر نسفه، ج2، ص 51 .

2-الدردير: **الشرح الصغير**،مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر،(د ط ت)، ج3، ص 257.

3-الكنشاوي: **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك**،دار الفكر، الطبعة الثانية،بيروت،(د ت)، ج2، ص 93.

4-الدردير:**الشرح الصغير**، ج3، ص 260.

قال ميارة:«و إن داء الرجل إذا كان جبّا أو عنة أو خصاء فإن الحكم فيه لا يمهل بل إما أن ترضى أو تفارقه؛ لأنه لمّا كان لا يرجى زواله صار الإمهال كالعبث».[1]

أما الزوج الذي وجد في زوجته عيبًا ضارًّا فيلزمه الصبر عليها إذا كان العيب مما يرجى شفاؤه، جاء في الشرح الكبير:«و أما الأدواء المختصة بالنساء فتؤجل فيها رجاء البرء بالاجتهاد».[2]

ثانيًا: رأي الشافعية

يرى الشافعية بأن العيوب التي يثبت بها الحق في دفع الضرر بالخيار لأحد الزوجين إن وجدها بالآخر خمسة،جاء في المجموع:« والعيوب التي تثبت لأجلها الخيار في النكاح خمسة، ثلاثة يشترك فيها الزوجان وينفرد كل واحد منهما باثنين، فأما الثلاثة التي يشتركان فيها فالجنون والجذام والبرص، وينفرد الرجل بالجبّ والعنة وتنفرد المرأة بالرتق والقرن » .[3]

وهذه العيوب التي ذكرها النووي غير مجمع عليها عند الشافعية؛ لأن العلل التي بسببها يعتبر العيب ضررا يعطي حقّ الخيار في التفريق و التي نقلت عن الشافعي وهي العدوى، وموانع الجماع، وتنفير أحد الزوجين من الآخر، وسريان العدوى إلى الولد .

1-ميارة:مصدر سابق،ج1، ص 200.

2-الدردير: الشرح الكبير، ج2،ص 283.

3-النووي: المجموع، ج16، ص 268.

جاء في مغني المحتاج:«الجذام والبرص مما يزعم أهل العلم بالطبّ والتجارب أنه يعدي كثيرا وهو مانع للجماع لا تكاد نفس أحد تطيب أن يجامع من هو به والولد قل أن يسلم».[1]

ويرى الشافعية بأنه إذا علم أحد الزوجين بالعيب ورضي به قبل العقد أو عند العقد أو بعد العقد يسقط حقه في خيار الفرقة بدفع الضرر عنه، كما يسقط حقّه في الخيار إذا زال العيب بعد العقد وبطل سببه، كما لا يثبت الخيار لمن علم بالعيب وقت العقد؛ لأنه دخل على بصيرة قياسا على من اشترى المبيع وهو عالم بعيبه فلا خيار له ولا خيار أيضا لمن رضي بالعيب بعد العقد، فإن علم به في العقد أو بعده و رضي فلا خيار له.[2]

ثالثا:رأي الحنابلة

يرى الحنابلة بأن العيوب التي يثبت بها الحقّ في دفع الضرر بالخيار لأحد الزوجين إن وجدها بالآخر ثمانية، جاء ذكرها في المغني: « ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص، واثنان يختصان بالرجل و هما الجبّ و العنة، وثلاثة تختص بالمرأة و هي الفتق والقرن و العفل».[3]

أما عن شروط ثبوت الخيار بهذه العيوب، قال ابن قدامة: « ومن شروط ثبوت الخيار بهذه العيوب ألا يكون عالما وقت العقد ولا يرضى بها بعده، فإن علم بها في العقد أو بعده فرضي فلا خيار ».[4]

1-الشربيني: مغني المحتاج، ج3، ص 203.

2-الرملي أبو العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشهير بالشافعي: **نهاية المحتاج إلى شرح المناهج**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، (1426هـ ، 2005م)، ج6، ص 312.

3-ابن قدامة: مصدر سابق، ج6، ص 651.

4-ابن قدامة: مصدر سابق، ج6، ص 651.

أما عن أسباب الاقتصار على هذه العيوب لثبوت الخيار، ذكرها صاحب العدّة شرح العمدة بقوله:« لأن هذه العيوب تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، فإن ذلك يثير نفرة ويخشى من تعديته للولد والنفس، فيمنع الاستمتاع » .[1]

وخالف ابن القيم الحنابلة و جمهور الفقهاء في حصر العيوب التي يثبت بها حقّ التفريق بالخيار لإزالة الضرر عن أحد الزوجين إذا وجد عيبا بالآخر فقال:«وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية أو دون ما هو منها أو مساو لها، فلا وجه له، فالعمى و الخرص والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنقّرات، و السكوت عنه من أقبح التدليس والغش و هو مناف للدّين، و الإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا ».[2]

وقد توسّع ابن القيم في شروط وعلل العيوب المنتجة للضرر التي ذكرها جمهور الفقهاء لثبوت حق الخيار بالفرقة بقوله:«والقياس أن كلّ عيب ينقّر الزوج الآخر منه لا يحصل به مقصود النكاح من الرّحمة المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شرط البيع ... ومن تدبّر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله و حكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول و قربه من قواعد الشريعة، ومن تأمّل فتاوى الصحابة و السّلف أنهم لم يخصّوا الرد بعيب دون عيب ».[3]

أدلة الجمهور:

وقد استدلوا بأدلة من السنة ومن آثار الصحابة ومن المعقول

1–المقدسي بهاء الدين عبد الرحمن: **العدة شرح العمدة في فقه إمام أهل سنة أحمد بن حنبل الشيباني**، دار الفكر، بيروت،(د ط ت)، ص 388.

2–ابن القيم: زاد المعاد،ج5،ص183.

3–المصدر نفسه ،ج5 ،ص83.

أ- الأدلة من السنة:

ما رواه الإمام أحمد في مسنده: [أن رسول الله -ﷺ- تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه و قعد على الفراش، أبصر بكشحها بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال: خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما أتاها شيئا و في رواية الحقي بأهلك] .[1]

وجه الدلالة:

في هذا النّص أن رسول الله -ﷺ- ردّ من تزوجها لبرص رآه بها رغم أنه في موضع يخفى على غير الزوج و هذا يبين جواز الرد بالعيب.[2]

وما روي عن النبي -ﷺ- أنه قال: [...وفر من المجذوم كما تفر من الأسد..].[3]

و إذا أمر الرسول -ﷺ- الإنسان العادي بالفرار من المجذوم لكي لا يصاب بالعدوى فكيف لا يجيز التفريق بين الزوجين بسبب الجذام.[4]

ب -الأدلة من أثار الصحابة:

وعن سعيد بن المسيب[5] أنه قال :(أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو

1-أخرجه أحمد في مسنده: ج3، ص 493. مصدر سابق.

2-الصابوني عبد الرحمن: **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية**، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة (1413 هـ ، 1993 م)، ج2، ص 656.

3-رواه البخاري في صحيحه كتاب الطب ،باب الجذام، ج5 ، ص2158

4-عبد الرحمن الصابوني مدى حرية الزوجين في الطلاق ج2، ص658.

5-هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي ،أبو محمد ،سيد التابعين ، وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، جمع بين الحديث والفقه والزهد ،والورع ،وكان يعيش من

ضرر فإنها تخيّر، فإن شاءت قرّت وإن شاءت فارقت).[1]

وعن سعيد ابن المسيب أنه قال :(قال عمر بن الخطاب- ﷺ ـــ :أيما رجل تزوج امرأة و بها جنون أو جذام أو برص فمسّها، فلها صداقها كاملا و ذلك لزوجها غرم على وليها).[2]

وجه الدلالة:

وجه الاستدلال في هذين الأثرين، قياس كل عيب منفّر أو مرض معدي لا يحقق الهدف المقصود من الزواج، فإنه يجوز لمن وجد عيبًا بصاحبه إزالته بطلب التفريق.

ج-الدليل من المعقول:

إذا كان يجوز فسخ عقد البيع للعيب و ردّ المبيع، فمن باب أولى جواز طلب التفريق لأحد الزوجين إذا وجد عيبا بالآخر لإزالة الضرر عنه.

الفرع الثاني: رأي الحنفية

يرى الحنفية بأن المرأة التي وجدت بزوجها عيبًا من العيوب الثلاثة الخصاء و الجب والعنة، لها الخيار في إزالة الضرر عنها بطلب التفريق من القاضي، جاء في بدائع الصنائع:« أنه لا خيار إلا بالعيوب الجنسية الثلاثة، العنة،

التجارة بالزيت ،لا يأخذ عطاءا ،وكان أحفظ الناس لأحكام عمر بن الخطاب ،وأقضيته ،حتى سمي راوية عمر ،توفي بالمدينة (الذهبي مصدر سابق ج4، ص 217).

1-أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الطلاق: باب ما جاء في الخيار، ج 2، ص 563.

2-رواه مالك في الموطأ،كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، طبع على نفقة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، سنة(1425هـ ، 2004 م)، ج3، ص 752.

الجب، الخصاء » . ويظهر بهذا أنهم قصروا حقّ الرد على المرأة دون الرجل، لأن العيوب خاصة بالرجل.

أما الزوج الذي وجد عيبا جنسيا أو مرضا معديا فلا يحقّ له دفع الضرر عنه بطلب فسخ عقد النكاح؛ لأن الشرع أعطى له الحقّ في إزالة الضرر عنه بالطلاق.

جاء في بدائع الصنائع:«ولا خلاف في المذهب الحنفي أن حقّ الرد بهذه العيوب هو حقّ خاص بالزوجة لأنها لا تملك الطلاق فيتعيّن الفسخ طريقا لفسخ الضرر».[1]

واشترط الحنفية شرطين –الجهل وعدم الرضى– لثبوت حق الخيار في طلب التفريق للزوجة التي وجدت عيبا بزوجها لإزالة الضرر عنها .

جاء في حاشية ردّ المحتار:«يكون لها الخيار في طلب التفريق إذا لم تكن عالمة، أما إذا كانت عالمة فلا خيار لها في المذهب وكذا لو رضيت به بعد النكاح».[2]

و يرى الأحناف بأن العيوب السابقة الذكر لا تثبت بها الفرقة إلا عن طريق الحاكم فيؤجل الخصي و العنين؛ لأن وطأه مرجو، ويفرّق عن المجبوب في الحال؛ لأنه لا يرجى من تأجيله شفاؤه،جاء في البناية: « إذا كان الزوج عنينا أجّله الحاكم سنة، فإن وصل إليها وإلا فرّق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك».[3]

1–الكاساني: مصدر سابق،ج2، ص 327.

2–ابن عابدين: مصدر سابق، ج3، ص 495.

3–العيني: البناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت،(د ط)،سنة (1400هـ،1980م)،ج4، ص756–757.

وجاء أيضا:«و إن كان مجبوبا فرّق بينهما في الحال إذا طلبت، لأنه لا فائدة في التأجيل، و الخصي يؤجل كما يؤجل العنين، لأن وطأه مرجو».[1]

فإن وقع الخلاف بين المرأة و الرجل هل وقع وطء أم لم يقع؟ ردّ الجواب على هذا السؤال في البناية: « لو اختلف الزوج و المرأة في الوصول إليها فإذا كانت ثيّبا فالقول قوله مع يمينة لأنه ينكر استحقاق الفرقة و الأصل هو السلامة في الجبلة، ثم إن حلف بطل حقها. و إن نكل يؤجّل سنة. و إن كانت بكرا نظر إليها النساء، فإن قلن هي بكر أجّل سنة لظهور كذبه، و إن قلن ثيّب يحلف الزوج، فإن حلف لا حقّ لها و إن نكل يؤجل سنة».[2]

فإذا وقعت الفرقة بحكم القاضي بسبب العيب، فإن الطلاق يكون طلاقا بائنا؛ لأنه لو كان طلاقا رجعيا تتضرّر المرأة بتعلقها بالرجعة. قال ابن عابدين عن الفرقة التي تقع على المجبوب: «و هو طلاق بائن كفرقة العنين».[3] وعلّة جعل الفرقة بالعيب طلاقا بائنا.«إنما تقع بائنة؛ لأن المقصود هو دفع الظلم عنها ولا يحصل إلا بها؛ لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة».[4]

الفرع الثالث: رأي الظاهرية

يرى الظاهرية ومن وافقهم عدم جواز طلب فسخ النكاح بخيار العيب؛ لإزالة الضرر عن أحد الزوجين إن وجد عيبا بالآخر سواء كان هذا العيب عيبا تناسليا أو مرضا معديا أو عيبا حسّيا. قال ابن حزم: « لا يفسخ النكاح بعد صحته، بجذام حادث ولا ببرص كذلك، ولا بجنون كذلك ولا بأن يجد بها شيئا من

1-ابن عابدين: مصدر سابق، ج3، ص 495.
2-العيني: مصدر سابق، ج4، ص795.
3-ابن عابدين: مصدر سابق، ج3، ص495.
4-العيني: مصدر سابق، ج4، ص759.

هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك ولا بعنانة، ولا بداء فرج، ولا بشيء من العيوب».[1]

و بعد أن ذكر الشوكاني أدلة القائلين، بجواز التفريق للعيب وبيّن عدم اقتناعه بها قال: « ومن أمعن النظر لا يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء »[2]، وجاء في بداية المجتهد أن رأي الظاهرية هو رأي خامس الخلفاء الراشدين:«قال أهل الظاهر:لا توجب خيار الردّ و الإمساك و هو قول عمر بن عبد العزيز[3]».[4]

وجاء في الروضة النّدية :«أعلم أن الذي بالضرورة الدينية أن عقد النكاح لازم ثبتت به أحكام الزوجية من جواز الوطء ووجوب النفقة ونحوها.. وثبتت بالضرورة الدينية أن يكون الخروج منه بالطلاق أو الموت. فمن زعم أنه يجوز الخروج من النكاح بسبب من الأسباب فعليه بالدليل الصحيح المقتضي الانتقال عن ثبوتها بالضرورة الدينية وما ذكروا من العيوب لم يأت في الفسخ بها حجّة نيّرة ولم يثبت شيء منها».[5]

أما في حالة اشتراط السلامة من العيوب فغشّ أحد الزوجين الآخر فوجد به عيبا، فإن ابن حزم يعتبر هذا العقد عقدا باطلا، جاء في المحلى:« فإن اشترط السلامة في عقد النكاح فوجد عيبا أي عيب كان، فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار

1-ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص 109.

2-الشوكاني: مصدر سابق، ج6، ص 177.

3-(61ـ101 هـ،720ـ 781م) :هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي ،أبو حفص الخليفة الصالح ،والملك العادل ،وربما قيل له خامس الخلفاء الراشدين تشبيها لهم ،ولد ونشأ بالمدينة ،وولي الخلافة بعهد من سليمان سنة 99هـ ،فبويع في مسجد دمشق وسكن الناس في أيامه ،فمنع سب علي بن أبي طالب ،وكانت مدة خلافته سنتين ونصف(الأعلام ج5،ص50) الزركلي مصدر سابق ج 5 ص 50.

4-ابن رشد الحفيد: مصدر سابق، ج2، ص 50.

5-القنوجي: الروضة الندية شرح الدرر البهية، الشؤون الدينية، قطر، (د ط ت)، ج2، ص 49.

في إجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة، دخل أو لم يدخل، لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما».[1]

واستدل الظاهرية بحديث النبي -ﷺ-أن عائشة -رضي الله عنها- أخبرت أن رجلا طلق امرأته فتزوجت بعده آخر، فجاءت إلى النبي -ﷺ- فقالت :« يا رسول الله إنها كانت تحت زوجها الأول فطلّقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده آخرا و أنه والله ما معه إلا مثل هذه الهدبة. و أخذت بهدبة من جلبابه، فتبسّم رسول الله -ﷺ- وقال:[لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك]».[2]

وجه الدلالة:

وجه الاستدلال بهذا الحديث أن المرأة ذكرت لرسول الله -ﷺ- بأن زوجها لم يواقعها وذلك لكونه عنينا، ومع ذلك فإن رسول الله -ﷺ- لم يثبت لها حق الخيار بالعيب؛ لأن الزواج وقع لازما لكلا الزوجين فلا خيار لأحدهما في فسخه.[3]

و يرد على هذا الدليل بأن المرأة التي جاءت تستفتي رسول الله -ﷺ- في العودة إلى زوجها الأول الذي طلقها ثلاث تطليقات فإنه لا يمكنها العودة إليه حتى و إن تزوجت وطلقها زوجها الثاني مادامت لم تذق عسيلته ،ولم يذق عسيلتها؛ لأن العقد على المرأة لا يحلّلها للزوج الأول، إنما التحليل يكون بالوطء

1-ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص 105.

2-رواه البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، باب من أجاز الطلاق الثلاث لقوله تعالى: "الطلاق مرتان ...الآية"، مصدر سابق، ج7، ص42. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره، مصدر سابق، ج10،ص2.

3-محمد رأفت عثمان: **سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمور التي تمنع الاستمتاع**، دار الطباعة المحمدية، (د ط ت)، الأزهر، ص 51.

ولو مرّة و الرسول -ﷺ- لم يجبها بعدم إمكانية التفريق عن زوجها إنما أجابها بنفي العودة إلى زوجها الأول .

وقال ابن حزم:«برهان صحة قولنا هو أن كل نكاح صحّ بكلمة الله عز وجل وسنّة رسول الله -ﷺ- فقد حرّم بشرتها أو فرجها على كل من سواه، فمن فرّق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل في صفة الذين ذمهم الله بقوله:[1] ﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ ﴾[2]

ويرد على ابن حزم بأن التفريق لدفع ضرر العيب لا يعارض كتاب الله عز ّوجل ولا سنة رسوله -ﷺ-،وقد ذكرنا سابقا أحاديث نبوية استدلّ بها الجمهور على جواز التفريق للعيب، وقول ابن حزم بعدم جواز التفريق يخالف قواعد الشريعة وأصولها، ولا سيما القاعدة الفقهية: - لا ضرر ولا ضرار-أما تشبيهه القائلين بجواز التفريق للعيب بالسّحرة في الآية التي استدلّ بها قياس مع الفارق،فالسّحرة يلحقون الضرر بالأزواج بتشتيت أسرهم، أما التفريق للعيب فهو تفريق لإزالة الضرر.

الفرع الرابع: موقف قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري ولا سيما الفقرة الثانية من المادة 53 والتي نصها:

يجوز للزوجة أن تطلب الطلاق للأسباب التالية:

1-ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص 105.

2-سورة البقرة: الآية 101.

- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.[1]

نلاحظ ما يلي :

- إن قانون الأسرة الجزائري أعطى حق التفريق لدفع ضرر العيب للزوجة دون الزوج إذ أنه السبيل الوحيد لإزالة ضرر العيب عنها. أما الزوج فيمكنه إزالة ضرر العيب عنه عن طريق الطلاق طبقا للمادة 48 التي جاء في نصها : -" يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج"[2]-وبهذا يكون قانون الأسرة أخذ برأي الحنفية [3] الذين يقصرون خيار الفرقة للعيب على الزوجة دون الزوج.

- في حالة ما إذا دلّست الزوجة على زوجها بإخفاء العيب الموجود بها، و أكتشفه الزوج بعد الدخول ولم يرض به فكيف يمكنه دفع الضرر الذي لحقه في ماله بإعطائها المهر وتحمل تكاليف الزواج بالطلاق وهو مغرّر به؟.

وهذه المسألة قد حكم فيها عمر بن الخطابﷺ بقوله: (أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسّها فلها صداقها كاملا وذلك لزوجها غرم على وليها).[4]

وتحقيقا للعدالة و المساواة ينبغي على المشرّع الجزائري أن يعطي للزوج حق الخيار في التفريق للعيب واسترداد مهره من ولي الزوجة كاملا بعد الدخول بها لا من الزوجة؛ لأن المهر ثابت لها بالدخول. أما إن اكتشف العيب قبل الدخول وأراد الفسخ فعليها أن تردّ المهر كاملا ولا شيء لها، وعليه نقترح المادة 53 مكرر1: "يجوز للزوج المدلس عليه الخيار بالعيب و استرداد مهره كاملا".

1-مولود ديدان، مرجع سابق، ص13.
2-مولود ديدان، مرجع سابق، ص12.
3-الكاساني: مصدر سابق، ج2، ص 327.
4-سبق تحريجه.

- إن قانون الأسرة الجزائري لم يحصر العيوب التي تجيز الخيار في الفرقة لدفع ضرر العيب كما حدّدها جمهور الفقهاء. وأخذ بقول ابن القيم، وأما الاقتصار على عيبين أو ستة عيوب أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها فلا حجّة له؛ لأنه قد ظهرت أمراض تناسلية وعلل معدية لم تكن معروفة في سابق العصور كالسيدا مثلا.

- إن قانون الأسرة الجزائري اشترط في العيوب الموجبة لخيار الفرقة أن تكون مضرّة بالزوجة، مانعة من تحقيق الهدف من الزواج و هو رأي ابن القيم : « إن كل عيب ينفّر الزوج الآخر منه لا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة و المودة يوجب الخيار»[1] فليس كلّ عيب يتعرض له الزوج يعطي للزوجة الحق في الخيار في التفريق، فإصابة الرجل بعاهة كشلل بيد أو رجل أو بمرض كالسكري لا يعتبر ضررا مانعا من تحقيق الهدف من الزواج ويمكن علاجه، فعلى قانون الأسرة الجزائري أن يوضح المدة التي يجب على الزوجة أن تصبر فيها على ضرر عيب زوجها إلى أن يتعافى من مرضه كسنة مثلا وهو رأي الحنفية[2]، و رأي العربي بلحاج في كتابه الزواج والطلاق.[3]

كما أن عقم الزوج الذي لا يرجى شفاؤه ينبغي على قانون الأسرة أن ينص عليه صراحة ويعتبره عيبا مضرّا بالزوجة مانعا من تحقيق هدف الزواج يوجب لها خيار التفريق وذلك استنادا لقضاء عمر بن الخطاب فيمن تزوج امرأة وهو عقيم

1-ابن القيم: **زاد المعاد،** ج5، ص 183.

2-العيني: مصدر سابق، ج4، ص 756-757.

3-العربي بلحاج : **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،(1419هـ ، 1999م)، ص 282.

فقال له عمر -ﷺ-:(أأعلمتها أنك عقيم ؟ قال : لا، قال : فانطلق فاعلمها ثم خيرها).[1]

- أما اشتراط السلامة من العيوب قبل العقد لمنع الضرر قبل وقوعه و نفي التدليس و غرره فقد فصل فيه قانون الأسرة الجزائري بما جاء في المادة 7 مكرر: و التي نصها: "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج".[2]

و بهذه المادة لا يمكن لأي زوج أن يغّش الآخر و لا أن يضرّه بعيب موجود فيه إلا إذا رضي به؛ لأن الشهادة الطبية تثبت العيب الضار سواء كان ضرره تناسليا أو يتعدى أثره بالعدوى إلى السليم، أو الذرية مستقبلا. ولا سيما لما خص المادة 7مكرر بالمرسوم التنفيذي رقم 6 154 المؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427هـــ الموافق لـــ 11 مايو سنة 2006م المتضمن تحديد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـــ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984م والمتضمن قانون الأسرة الذي بدوره عدل و تمم في 05 -09 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005م.

1-رواه عبد الرزاق في المصنف، كتاب النكاح، باب الرجل العقيم مصدر سابق ج 6، ص 162.

2-مولود ديدان، مرجع سابق، ص2.

المبحث الثالث

إزالة الضرر الناتج عن نشوز الزوجة

قد يتضرر الزوج بسبب نشوز زوجته وخروجها عن طاعته. فما هي الموانع التي وضعها الشارع الحكيم لمنع الضرر الناتج عن نشوز الزوجة؟ وما هي الوسائل التي جعلها للزوج لعلاج نشوز زوجته؟ وإن لم يفلح الزوج في العلاج فهل للقاضي الحق في إزالة الضرر الناتج عن النشوز؟ هذا ما سنجيب عليه في خمسة مطالب.

المطلب الأول: تعريف النشوز

المطلب الثاني: موانع ضرر النشوز.

المطلب الثالث: وسائل الزوج لإزالة ضرر النشوز.

المطلب الرابع: إزالة ضرر الشقاق ببعث الحكمين.

المطلب الخامس: موقف قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: تعريف النشوز

وسنتناوله في فرعين:

الفرع الأول: تعريف النشوز في اللغة

جاء في القاموس المحيط: النَشْزُ المكان المرتفع كالنَشَاز بالفتح و النَشْز ِمحركة وجمعه نشوز و أنشاز ونشاز و الارتفاع في مكان يَنْشُزُ و يَنْشِزُ.

ونشزَ بقرنه : احتمله فصرعه ونفسه جاشَت و المرأة تنشُزُ و تَنْشِزُ نُشُوزًا : استعصت على زوجها و أبغضته وبعلها عليها و جفاها.

وعرق ناشز منتبر، وأنْشَزَ عظام الميت رفعها إلى مواضعها وركب بعضها على بعض و أنشز الشيء رفعه عن مكانه.[1]

وجاء في لسان العرب : النَشْزُ و النَشَزُ المتن المرتفع من الأرض وهو أيضا ما ارتفع عن الوادي إلى الأرض وليس بالغليظ و الجمع أنشاز ونشوز. و نَشَزَ يَنْشِزُ نشوزًا أشرف على نَشَزٍ من الأرض وهو ما ارتفع وظهر، و نَشَزَ في مجلسه يَنْشِزُ و يَنْشُزُ بالكسر و الضم ما ارتفع قليلا وفي الترتيل العزيز:﴿ .....

وَإِذَاقِيلَ ٱنشُزُواْفَٱنشُزُواْ ....﴾ [2] معناه إذا قيل انهضوا فانهضوا وقوموا"[3].

1-الفيروز أبادي: مصدر سابق، ص 621.

2-سورة المجادلة: الآية 11

3-ابن منظور: مصدر سابق، ج5، ص 189.

الفرع الثاني: تعريف النشوز في الاصطلاح.

قال ﷻ:﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّ﴾[1]

يكاد الفقهاء يتفقون على معنى النشوز الوارد في الآية، جاء في بدائع الصنائع:"والنشوز في النكاح أن تمنع نفسها من الزوج بغير حقّ بأن خرجت من منزله بغير إذنه أو غابت وسافرت".[2]

وقال الدردير:" ووعظ الزوج من نشزت أي خرجت عن طاعته بمنعها التمتع بها، أو خروجها بلا إذن لمكان لا يجب خروجها له، أو تركت حقوق الله، كالطهارة و الصلاة أو أغلقت الباب دونه أو خانته في نفسها وماله".[3]

وقال صاحب مغني المحتاج في المرأة الناشز:" كأن يجد الزوج منها إعراضا وعبوسا بعد لطف وطلاقة وجه أو قولا كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين".[4]وقال أيضا : "والنشوز هو الخروج من المنزل بغير إذن الزوج، وكمنعها الزوج الاستمتاع ولو غير الجماع" .[5]

1-سورة النساء: الآية 34.

2-الكاساني: مصدر سابق ،ج5 ،ص 29.

3-الصاوي: مصدر سابق، ج1، ص 407.

4-الشربيني: مغني المحتاج ،ج3 ، ص 259-260 .

5-المصدر نفسه.

وجاء في المغني لابن قدامة: « معصيتها لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح"[1].وقال أيضا:"النشوز مأخوذ من النشز وهو المكان المرتفع فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها فسميت ناشِزًا».[2]

وقال ابن كثير:« فالمرأة الناشز هي المرتفعة على زوجها التاركة لأمره المعرضة عنه المبغضة له».[3]

وجمعا بين أقوال الفقهاء يكون معنى النشوز هو استعلاء المرأة على زوجها وخروجها عن طاعته بتمنعها عنه،أو غلق الباب دونه، أو تغليظ القول له، أو خروجها من بيته، أو سفرها بغير إذنه ،أو خيانة في نفسها وماله، أو تركها لطاعة الله كطهارة أو صيام أو صلاة . وكل هذه التصرفات التي تصدر من المرأة الناشز، تحدث ضررا بالغا في نفسية الزوج، فتؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية و تقويض كيان الأسرة.

المطلب الثاني: موانع ضرر النشوز

إنّ النشوز متوقع من أيّ زوجة؛ لذلك فإن الشارع الحكيم جعل قواعد لقيادة الأسرة تمنع من تصدّع أركانها، فأعطى الرجل حقّ القوامة، وبيّن حدودها، وأوجب على المرأة طاعة زوجها، فالقوامة والطاعة مانعان من النشوز، وهذا ما سنتناوله في فرعين.

1-ابن قدامة: مصدر سابق، ج8، ص 189.
2-مصدر نفسه، ج8، ص 189.
3-ابن كثير: مصدر سابق، ج2، ص 277.

الفرع الأول: مانع القوامة

إن الأسرة لا يمكن استقرارها، ولا يدوم استمرارها، إلا بقائد يقودها، ورئيس يحكمها بالعدل،ويقوم على شؤونها بالحزم و حسن التدبير ،فالقوامة جعلها الله سبحانه و تعالى للرجل دون المرأة، قال ﷻ :﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ ﴾ [1]

قال القرطبي:« وقوّام فعّال للمبالغة من القيام على الشيء فيه و حفظه بالاجتهاد».[2]

و قوامة الرجل على المرأة هي: أن يقوم بتدبيرها، و تأديبها، وتولي أمرها، وإصلاح حالها، آمرًا ناهيًا لها، كما يقوم الولاة على الرعية، و إمساكها في بيتها، ومنعها من البروز.[3]

و بما أن المراد بالقيام هنا هو الرئاسة، فليس معناها التصرف بالمرؤوس، مقهورا، مسلوب الإرادة، لا يعمل عملا إلا ما يوجهه إليه رئيسه، فإن كون الشخص قيّما على آخر، هو عبارة عن إرشاده، و المراقبة عليه في تنفيذ ما يرشده إليه، أي ملاحظته في أعماله و تربيته.[4]

فإذا مارس الزوج قوامته على زوجته بالمعنى الصحيح، استقامت الزوجة، وانتفى ضرر نشوزها.

1-سورة النساء: الآية 34.

2-القرطبي: مصدر سابق، ج5، ص 169 .

3-القرطبي: مصدرسابق نفسه، ج5، ص 169. و ابن العربي: مصدر سابق، ج1، ص 530.

4-محمد رشيد رضا: تفسير المناردار المعرفة بيروت،(د ط ت)،ج5، ص 56.

الفرع الثاني: مانع الطاعة

إن القوامة للرجل لا تستقيم كاملة، ما لم تكن المرأة مطيعة لزوجها، بل إن الطاعة من لوازم القوامة، قال القرطبي في تفسير آية القوامة:« أن عليها طاعته و قبول أمره ما لم تكن معصية » .[1] و قوله ﷻ:﴿ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلۡغَيۡبِ ﴾خبر مقصوده الأمر بطاعة الزوج.[2]

و لقد ورد تفسير الآية بالسنة المطهرة، فعن أبي هريرة -رضي الله عنه- أنه قال:" قال رسول الله -ﷺ-:[خير النساء التي إذا نظرت إليها سرّتك وإذا أمرتها أطاعتك، وإذا غبت عنها حفظتك في نفسها ومالك].[3]

قال و تلا هذه الآية:﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ ﴾[4]

1-القرطبي: مصدر سابق، ج5، ص 169.

2-المصدر نفسه.

3-أخرجه البزار في مسنده، مسند أبي معشر عن المقبري، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى (بدأت 1988، وانتهت 2009)، ج15، ص175. وأخرجه الحاكم في المستدرك بلفظ: "...من تسر إذا نظر وتبر إذا أمر ولا تخالفه في نفسها ومالها". وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، كتاب النكاح،باب خير النساء من تسره إذا نظر، إشراف: يوسف بن عبد الرحمن المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، لبنان،(د ط ت)، ج2، ص161.

5-سورة النساء: الآية 34.

وقال الرازي[1] في تفسير قوله ﷻ: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [2]« إن الزوج كالأمير الرّاعي والزوجة كالمأمور، والرّعية فيجب على الزوج كونه أميرا أو راعيا أن يقوم بحقها ومصالحها، و يجب عليها في مقابل ذلك إظهار الانقياد و الطاعة للزوج». [3]

ولقد أخبر النبي -ﷺ- بأن طاعة الزوجة لزوجها عبادة، وسبب لدخولها الجنة، فقال:[إذا صلّت المرأة خمسها وصامت شهرها وحفظت فرجها وأطاعت زوجها قيل لها: ادخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت]. [4]

كما حذّر رسول الله-ﷺ- من عصيان وغضب الزوج، الموجب لعنة الملائكة للزوجة فقال:[إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء فبات غضبانا عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح]. [5]

و قد أخبر النبي -ﷺ-، بأن المرأة الصالحة المطيعة لزوجها، هي خير كنز يملكه الرجل.

1-هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن التيمي البكري، فخر الدين الرازي، له التفسير الكبير و غيره، توفي سنة 606 هـ. الحجوي: الفكر السامي، ج2، ص 337.

2-سورة البقرة: الآية 228.

3-الرازي فخر الدين: **التفسير الكبير و مفاتيح الغيب**، دار الفكر، بيروت،(د ط)، سنة(1403هـ،1983 م)، ج6، ص94 .

4-مسند أحمد: مسند باقي العشرة المبشرين بالجنة، مسند عبد الرحمن بن عوف، مصدر سابق، ج3، ص199.

5-رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب إذا باتت هاجرة زوجها، مصدر سابق، ج4، ص116.

فعن أبي هريرة -ﷺ- قال: قيل يا رسول الله أي النساء خير قال:[التي تسرّه إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره].[1]

فإذا اعتقدت الزوجة بأن طاعة زوجها عبادة، تدخل بسببها الجنة، أيقنت بأن قوامة زوجها عليها أمر ربّاني، يضمن لها حسن المعاشرة، ساد التفاهم بين الزوجين، وانعدم ضرر نشوزها.

المطلب الثالث: وسائل الزوج لإزالة ضرر النشوز

إذا هبّت رياح النشوز لتعكر صفو الحياة الزوجية، وامتدت وساوس الشيطان إلى قلب الزوجة لتغريها بالعصيان، وتحملها على التمرّد على طاعة زوجها، وعلى ما أوجبه عليها الشرع، و ظهرت أمارات ودلالات واضحة تنذر بنشوزها، وتنبئ بتضرر الأسرة، فإن الشارع الحكيم أعطى الإذن للزوج بردّها إلى الطاعة، وإزالة ضرر نشوزها بثلاثة وسائل، قال الحق -سبحانه وتعالى- : ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ﴾[2] وسنتناول هذه الوسائل في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: وسيلة الوعظ

الوعظ هو الحدّ الأدنى، وأول خطوات إزالة ضرر النشوز، والحدّ الأعلى هو الضرب الغير مبرح، والوعظ والإرشاد يختلف باختلاف المرأة، فمنهن من يؤثر في نفسها التخويف من الله عز وجل وعقابه على النشوز، ومنهنّ من يؤثر في نفسها التهديد والتحذير من سوء العاقبة في الدنيا، كشماتة الأعداء والمنع من

1-حديث سبق تخريجه. ص 103

2-سورة النساء: الآية 34.

بعض الرغائب، كالثياب الحسنة والحلي، والرجل العاقل لا يخفى عليه الوعظ الذي يؤثر في قلب امرأته.[1]

قال ابن العربي مبيّنا كيفية الوعظ: « وهو التذكير بالله، في الترغيب لما عنده من ثواب، والتخويف لما لديه من عقاب، إلى ما يتبع ذلك مما يعرفها به من حسن الأدب، في إجمال العشرة والوفاء بدوام الصحبة، والقيام بحقوق الطاعة للزوج، والاعتراف بالدرجة التي له عليها».[2]

جاء في بدائع الصنائع:« يعظها أولا على الرفق واللين، بأن يقول لها: كوني من الصالحات القانتات الحافظات للغيب، ولا تكوني من كذا وكذا.. فلعلها تقبل الموعظة، وتترك النشوز».[3]

وقال آخر: « ذكرهنّ الله، وخوفهنّ وعيده، في ركوب الواحدة منهن ما حرم الله عليها، في معصية زوجها» .[4]

وجاء في المغني:« فيخوفها من الله سبحانه، ويذكّرها ما أوجب الله عليها من الحق والطاعة، وما يلحقها من الإثم بالمخالفة والمعصية، وما يسقط بذلك من حقوقها، من النفقة والكسوة، وما يباح له من ضربها وهجرها».[5]

وجاء في الحاوي الكبير:« أما العظة فهو أن يخوّفها بالله تعالى وبنفسه، فتخويفها بالله، أن يقول لها: اتقي الله، وخافيه، واخشي سخطه، واحذري عقابه، فإن التخويف بالله من أبلغ الزواجر في ذوي الدين وتخويفها من نفسه، أن يقول

1-محمد رشيد رضا: تفسير المنار، ج5، ص 59.
2-ابن العربي: مصدر سابق، ج1، ص417.
3-الكاساني: مصدر سابق، ج3، ص 613.
4-الطبري: مصدر سابق، ج2، ص 588.
5-ابن قدامة: مصدر سابق، ج8، ص 162.

لها: إن الله تعالى قد أوجب عليك لي حقا، إن منعتنيه أباحني ضربك وأسقط عنّي حقك، فلا تضرّي نفسك بما أقابلك على نشوزك».[1]

ويفهم من أقوال العلماء أن معنى الوعظ وكيفيته متفق عليه وليس فيه اختلاف جوهري، ويجمعون على صفة مشتركة وهي الترغيب والترهيب، والوعظ طبقات أخفّها التّنبيه الدّيني أو الخلقي من غير تنقص و أعلاها اللوم والتنبيه إلى العيوب ونتائجها. قال أبو زهرة:« ولكل حال نوع من القول وطريق في الخطاب والعاقل من عرف لكل أمر علاجه ولكل داء دواءه » .[2]

الفرع الثاني: وسيلة الهجر في المضجع

إذا لم تنفع الموعظة الحسنة في إصلاح الزوجة، وإزالة ضرر نشوزها، فإن الزوج يباح له أن يلجأ إلى الهجر في المضجع، وهي وسيلة أعلى درجة من الوعظ في إظهار غضبه منها،وعدم تسليمه لها بهذا السلوك، وإعلان قدرته على الاستغناء عنها، إن هي استمرت في عصيانها دون وجه حق، قال ﷻ:﴿ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ ﴾ .[3]

وقد تعدّدت الأقوال في معنى الهجر في المضجع وكيفيته، فقيل: يوليها ظهره فيه ويترك جماعها، وقيل: ترك كلامها وقيل: المراد منه هجر حجرتها وقيل: ربطها في بيتها.

1-الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري: **الحاوي الكبير**، تحقيق: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1414هـ،1994)، ج9، ص 598.

2-أبو زهرة: **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة(1369 هـ -1950م)، ص 189.

3-سورة النساء: الآية 34.

جاء في تفسير روح المعاني: « ﴿.... وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ ...﴾أي مواضع الاضطجاع و المراد اتركوهنّ منفردات في مضاجعهن، فلا تدخلوهن تحت اللّحف، ولا تباشروهن، فيكون الكلام كناية عن ترك جماعهن».[1]

وقال القرطبي في تفسيره:« فإن الزوج إذا أعرض عن فراشها، فإن كانت محبة للزوج فذلك يشقّ عليها، فترجع للصلاح، وإن كانت مبغضة فيظهر منها النشوز فيتبين أن النشوز من قلبها».[2]

وجاء في البحر الرائق:« واختلف في الهجر، فقيل: يترك مضاجعتها، وقيل: يترك جماعها، والأظهر ترك كلامها مع المضاجعة و الجماع إن احتاجت إليه. وقيل: المراد من قوله: ﴿وَٱهۡجُرُوهُنَّ﴾ أي شدّوهن وثاقا في بيوتهن، من قولهم: هجر البعير أي ربطه بالهجار وهو حبل يشدّ به البعير وهو اختيار الطبري، وقدح في سائر الأقوال وفي كلامه في هذا الموضع نظر.[3]

قال ابن العربي ردّا على اختيار الطبري:« يا لها من هفوة من عالم بالقرآن و السنّة وإني لأعجبكم من ذلك».ثم ذكر موارد كلمة (هجر) وقال:« مرجع الجميع البعد فمعنى الآية أبعدوهنّ في المضاجع و لا يحتاج إلى هذا التكلف الذي ذكره العالم».[4]

1-الألوسي أبو الثناء شهاب الدين: **روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني**، دار الفكر، بيروت،(د ط)، سنة(1403هـ، 1983م)، ج5، ص 34.

2-القرطبي: مصدر سابق، ج5، ص 112.

3-ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم بن محمد:**البحر الرائق شرح كنز الدقائق**:تحقيق:أحمد عزو،عناية الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1422هـ،2002م) ج 3، ص 384.

4-ابن العربي: مصدر سابق، ج1، ص 418-419.

والزوج له أن يأخذ بالقول أو الطريقة التي تناسب زوجته في الهجر، فإن هجرها بترك جماعها و نام معها في مضجع واحد، ورجعت عن نشوزها، فلا ينبغي له أن يهجرها خارج البيت، وان كانت هذه الطريقة غير مجدية، انتقل إلى هجر الفراش، فإن لم تنفع،انتقل إلى هجر البيت، وهجر الكلام.

الفرع الثالث: وسيلة الضرب الغير المبرح

و هذه هي الوسيلة الثالثة من وسائل إصلاح الزوجة، وإزالة الضرر المترتب على نشوزها، والتي أباحها الشرع للزوج، وهي الدرجة الأخيرة من درجات التأديب التي لا يصار إليها، إلا بعد فشل الوسائل الأخرى من موعظة حسنة، وهجر في المضجع، فتكون من باب المثل القائل: آخر الدواء الكيّ.

ومع أن الشارع الحكيم رخصّ للزوج في استعمال الضرب؛ لإزالة ضرر نشوز الزوجة، إلا أنه لم يترك الأمر هكذا، دون ضوابط أو شروط، وبالتالي حدّد شروطا للضرب لا ينبغي للزوج أن يتجاوزها، وإلا أصبح متعديا أو ظالما، ومن أهم هذه الشروط ما يلي:

أ- أن لا يكون الضرب مبرحا:

أن المقصود ضرب التأديب و الإصلاح، و الضّرب المبرح هو الشديد و ما يعظم ألمه عرفا و هو الفادح الذي يخشى تلف النفس منه أو تلف عضو أو تشويهه؛ و غير المبرح هو غير المؤثر الذي لا يكسر عظما و لا يشين جارحة.

قال القرطبي:« و الضرب في هذه الآية يقصد قوله تعالى: **﴿.... وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّ ....﴾** هو ضرب الأدب غير المبرح و هو الذي لا يكسر عظما و لا يشين جارحة، كاللكزة و نحوها فإن المقصود منه الصلاح لا غير و

أضاف : قال عطاء: قلت لابن عباس ما الضرب غير المبرح ؟ قال: السّواك ونحوه».[1]وقال الكاساني:« فإن تركت النشوز، وإلا ضربها عند ذلك ضربا غير مبرح،ولا شائناً، والأصل فيه قوله ــ ﷻ ــ : ﴿.... وَٱلَّتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ .....﴾[2].

وجاء في حاشية العدوي:« قوله: خفيفا أي غير مبرح وهو الذي لا يكسر عظما و لا يهشم لحما و لا يشين جارحة».[3]

و قال الرملي:« و لا يجوز ضرب مذم ،أو مبرح، وهو كما هو واضح ما يعظم ألمه عرفا وإن لم تنزجر إلا به ، حرم المبرح وغيره».[4]

ب-أن لا يكون الضرب على الوجه:

والدليل على هذا الشرط، هو الحديث الذي رواه أبو داود في سننه عن أحد الصحابة

قال:« قلت: يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبّح ولا تهجر إلا في البيت».[5]

1-القرطبي: مصدر سابق، ج5، ص 113.

2-الكاساني: مصدر سابق، ج3، ص 613.

3-العدوي: مصدر سابق، ج1، ص 41.

4-الرملي: مصدر سابق، ج6، ص 390.

5-رواه أبو داود في سننه، عن معاوية القشيري، كتاب النكاح، باب حق المرأة على زوجها، مصدر سابق، وقال الألباني حسن صحيح، مصدر سابق، ص 372. ورواه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب حق المرأة على الزوج، وصححه الألباني فيه، مصدر سابق، ص322.

قال الشوكاني :« فيه دليل على وجوب اجتناب الوجه عند التأديب».[1]

وجاء في نهاية المحتاج:« ولا مبرحا أي ولا على الوجه والمهالك أي يجب ذلك».[2]

وفي كشاف القناع :« ويجتنب الوجه تكرمة له، ويجتنب البطن والمواضع المخوفة خوف القتل، ويجتنب المواضع المستحسنة لئلا يشوهها»[3].

ج- أن **يتيقن الزوج أن الضرب مصلح:**

ينبغي على الزوج أن يتيقن،أو يغلب على ظنّه أن الضرب مفيد في زجر الزوجة؛ لأن الضرب وسيلة لإصلاحها وزجرها عن نشوزها وعصيانها، وليس هدفا في ذاته، فمتى فقد فاعليته في العلاج أصبح استخدامه عبثا، لا مبرر له إلا بقصد التشفي و الإيذاء، ومتى كان ذلك أصبح حراما.

جاء في الشرح الكبير:« وأما الضرب فلا يجوز، إلا إذا ظنّ إفادته لشدته ».[4]

وجاء في نهاية المحتاج:« أما إذا علم أنه لا يفيد فيحرم؛ لأنه عقوبة مستغنى عنها ».[5]

وفي مغني المحتاج جاء ما نصه:« إنما يجوز الضرب إن أفاد ضربها في ظنّه، وإلا فلا يضربها، كما صرح به الإمام وغيره ».[6]

1-الشوكاني: مصدر سابق، ج6، ص 180-181.
2-الرملي: مصدر سابق، ج6، ص 587.
3-البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص 209.
4-الدردير: الشرح الكبير، ج6، ص 301.
5-الرملي: مصدر سابق، ج6، ص 391.
6-الشربيني: مغني المحتاج، ج4، ص 472.

د – أن لا يضرب إذا رجعت عن نشوزها:

ينبغي على الزوج أن يرفع الضرب عن زوجته إذا عادت عن نشوزها وأطاعته، فالضرب وسيلة، لا غاية ولا هدف، ولكنه لردّ الزوجة إلى طاعة زوجها، ومتى حصل المراد منه، فيجب أن يتوقف وإلا أصبح عدوانا و ظلما و ذلك لقوله –ﷻ–: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾.[1]

قال القرطبي:« إن تركن النشوز فلا تبغوا عليهنّ سبيلا، أي لا تتجنوا عليهن بقول أو فعل، وهذا نهي عن ظلمهن، بعد تقرير الفضل عليهن، والتمكن من أدبهنّ ».[2]

وجاء في تفسير الطبري :« أي بعد وعظ المرأة وهجرها في المضجع وضربها ضربا غير مبرح، فإن أطاعت زوجها وقامت بالواجب عليها في حقه، فلا يجوز له أن يطلب طريقا آخر إلى إيقاع الأذى و المكروه بها، ولا يجوز أن يلتمس سبيلا إلى ما يحل له من بدنها و مالها بالعلل والحجج، كأن يقول لها و هي مطيعة له: إنك لست تحبيني ،وإنك لي مبغضة، فيضربها أو يؤذيها عند ذلك ».[3]

المطلب الرابع: إزالة ضرر الشقاق ببعث الحكمين

إذا لم تجد الوسائل التي أعطاها الشرع الحكيم للزوج في إصلاح زوجته وتأديبها وإزالة ضرر نشوزها وسار الحال إلى الخوف من الشقاق بينهما الذي ينجم عنه أضرار كبيرة تؤثر على الزوجين وأولادهما، وبالتالي يصير كيان الأسرة المتين شتاتا، فإن الله –ﷻ– وضع نظام التحكيم لجمع شمل الأسرة ونفي ضرر تفريقها.

1–سورة النساء: الآية 34.

2–القرطبي: مصدر سابق، ج5، ص 113.

3–الطبري: مصدر سابق، ج2، ص 589–590.

قال -سبحانه وتعالى-: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾.[1] وسنتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: المخاطب ببعث الحكمين

عند خوف الشقاق بين الزوجين أوجب الله عز و جل بعث حكمين للإصلاح بينهما وإزالة الضرر عنهما، لكن العلماء اختلفوا فيمن يوجّه إليه الخطاب هل هو موجّه للقضاة أو للأولياء أو للزوجين أو لعامة المسلمين؟.

قال القرطبي :« الجمهور من العلماء على أن المخاطب بقوله:{ وإن خفتم} الحكام والأمراء وقيل: المراد الزوجان وقيل: الخطاب للأولياء».[2]

وقال ابن العربي:« إذا علم الإمام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما حكمين».[3]

وقال الجصاص: « الأولى أن يكون خطابا للحاكم الناظر بين الزوجين والمانع من التعدي والظلم».[4]

جاء في تفسير المنار: « أن الخطاب هنا عام فيدخل فيه الزوجان و أقاربهما، فإن قام به الزوجان أو ذوو القربى أو الجيران فذاك هو الأوجب، على من بلغه أمرهما من المسلمين أن يسعى في إصلاح ذات بينهما»[5].

و مع اختلاف أقوال العلماء في من المأمور ببعث الحكمين، فإن كل قول على جانب من الصواب، فالقائلون بأن المخاطب ببعث الحكمين هم الحكام أو

1-سورة النساء: الآية 35.

2-القرطبي: مصدر سابق، ج5، ص175.

3-ابن العربي: مصدر سابق، ج1، ص427.

4-الجصاص : مصدر سابق، ج2، ص190.

5-محمد رشيد رضا: تفسير المنار، ج5، ص78.

القضاة أو من ينوب عنهم، هو قول صحيح وخاصة إذا علم القاضي بالشقاق، بأن رفع أحد الزوجين الأمر إلى القضاء، ففي هذه الحالة وجب على القاضي بعث الحكمين لإزالة ضرر الشقاق والفراق، فإن لم يعلم القاضي بشقاق الزوجين يصير المخاطب ببعث الحكمين الزوج، أو الزوجة أو هما معا، فإن لم يبعثا و علم بالأمر أحد من المسلمين، كقريب أو جار أو صديق، صار الخطاب موجه إليه من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و إصلاح ذات البين.

الفرع الثاني: شروط الحكمين

بعد أن بيّنا في الفرع الأول وجوب بعث الحكمين على القاضي أو من ينوبه أو على أحد عامة المسلمين لإزالة ضرر الشقاق بين الزوجين فإنه يتعين علينا أن نبين في هذا الفرع الشروط التي يجب توفرها في الحكمين.

جاء في المغني : « فإن الحكمين لا يكونا إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين».[1]

«و يشترط في الحكمين أن يكونا مسلمين عدلين فاهمين ظروف الزوجين، و يحسن
أن يكون أحدهما من أهل الزوج و الآخر من أهل الزوجة».[2]

و قال ابن رشد:« و أجمعوا على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين أحدهما من قبل الزوج و الآخر من قبل المرأة إلا أن لا يوجد في أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما»[3].

و من خلال أقوال العلماء يتبين لنا بأن الحكمين يشترط فيهما أن يكونا مسلمين مكلفين عدلين فاهمين لظروف الزوجين قريبين لهما أي من أهلهما.

1-ابن قدامة: مصدر سابق، ج8، ص171

2-أحمد الغندور: **كتاب الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون**، دار المعارف، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1387هـ- 1967م، ص136.

3-ابن رشد الحفيد: مصدر سابق، ج2، ص98-99.

فاشتراط الإسلام في الحكمين لأنه لا يجوز أن يقوم بمهمة التحكيم للإصلاح بين الزوجين غير المسلم لقوله ﷻ:﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾[1]

أما اشتراط التكليف فإنه لا يصح تحكيم الصبي و لا المجنون؛ لأن تصرفاتهم و أقوالهم غير لازمة و لا محاسب عليها، بل تخالف أصلا من أصول الشريعة وهو رفع التكليف عنهم لقوله- ﷺ-: [رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق].[2]

أما اشتراط العدالة فإنه لا يصح تحكيم الفاسق؛ لأن حكمه شهادة و شهادته لا تقبل لقولهﷻ:﴿ **وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً ﴿....وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ** ﴾[3]

أما اشتراط الفهم بظروف الزوجين فإنه لا يمكن للحكم أن يصلح بين الزوجين ويتوصلا لحلّ يرضي الطرفين و هو يجهل حالهما.

1-سورة النساء: الآية 141.

2- رواه النسائي في سننه، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، وقال الألباني صحيح، ينظر سنن النسائي بتعليق الألباني، مصدر سابق، ص531، ورواه أحمد في مسنده دون لفظ يفيق، مسند النساء، مسند الصديقة عائشة - رضي الله عنها-، قال الأرنؤوط: إسناده جيد، مصدر سابق، ج10، ص151.

3-سورة النور، الآية4.

أما اشتراط أن يكون حكما من أهله و حكما من أهلها فهذا الشرط صرحت به الآية الكريمة:﴿ **وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ ....**﴾[1]

لأنّ قرابة الزوجين أولى بهما من غيرهم و يكونان أحرص على التوفيق و الإصلاح، فإن لم يجد من يصلح للتحكيم من الأهل عيّن من هو أصلح لهذه المهمة لفظّ النزاع و دراء الشقاق.

الفرع الثالث: مهمة الحكمين

اتفق الفقهاء على أن مهمة الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين لإزالة ضرر الشقاق بينهما و عليهما أن يبذلا قصارى جهديهما للتوفيق بينهما استنادا لقوله ــ ﷻ ــ:﴿ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ﴾ [2].

فإذا وفّق الحكمان في مهمتهما و تصالحا الزوجان و رجعا إلى بعضهما، فقد زال ضرر شقاقهما، لكن الفقهاء اختلفوا على قولين في حالة عدم تمكن الحكمين من التوفيق بين الزوجين، فهل مهمتهما تتعدّى إلى التفريق؛ لإزالة ضرر الشقاق بدون توكيل من الزوجين، أم يحتاجان إلى وكالة منهما؟

القول الأول:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الحكمين إن عجزا عن الإصلاح بين الزوجين فلهما تفريقهما دون حاجة إلى توكيل بشأن إيقاع الطلاق لا من الزوجين و لا من القاضي، قال ابن العربي في تفسير قوله -ﷻ-: ﴿**...فَٱبۡعَثُواْ**

1-سورة النساء، الآية35

2-سورة النساء، الآية35

حَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهَآ....﴾ ،« هذا نصّ من الله -ﷺ- في أنهما قاضيان لا وكيلان و للوكيل اسم في الشريعة و معنى و للحاكم اسم في الشريعة و معنى فلذا بين الله سبحانه وتعالى كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذ، فكيف لعالم أن يركب أحدهما على الآخر »[1].

و قال ابن كثير في تفسيره للآية السابقة :« سماهما حكمين و من شأن الحكم أن يحكم بغير رضا المحكوم عليه و هذا ظاهر الآية ».[2]

وجاء في المنتقى: "روى الإمام مالك أنه بلغه أن عليا بن أبي طالب قال في الحكمين أن إليهما الفرقة بينهما والاجتماع ».[3]

قال ابن عباس :«إن اجتمع لهما أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز ».[4]

قال الباجي :« ووجهة نظر الحكمين أن ينظرا في أمرهما فإن رأيا الإساءة من قبل الزوج فرّقا بينهما، وإن رأيا الإساءة من قبل المرأة تركاهما واستأمناه عليها، وإن كان من قبلهما جميعا فرّقا على بعض ما أصدقها ولا يستوعب له ».[5]

جاء في الشرح الكبير: « وإن قلنا أنهما حكمان فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق أو خلع فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه ».[6]

وجاء في مغني المحتاج: « وفي قول حكمان موليان من جهة الحاكم

1-ابن العربي: مصدر سابق، ج1، ص424.

2-ابن كثير: مصدر سابق، ج2، ص280.

3-الباجي: مصدر سابق، ج4، ص113.

4-ابن كثير: مصدر سابق،ج2، ص279.

5-الباجي: مصدر سابق،ج4، ص 113.

6-الدردير:الشرح الكبير، ج8 ، ص171.

لتسميتهما في الآية حكمين». [1]

وجاء في المغني: « اختلفت الرواية عن أحمد –رحمه الله– في الحكمين، ففي إحدى الروايتين أنهما حكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وبغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما» .[2]

وانتصر ابن قدامة لهذا الرأي بدليل من المعقول فقال:« إن ثبتت الولاية للحكمين على الزوجين الرشيدين فيوقعان الفرقة عليهما بطلاق أو مخالعة؛ لأن ثبوت الولاية على الرشيد جائزة إذا امتنع من أداء الحقّ الذي عليه كما يقضى بالدين عنه من ماله إذا امتنع من إيفائه والحاكم يطلق على المولى في الإيلاء إذا امتنع من بعد وجوبه عليه فكذلك يجوز للحكمين إيقاع الفرقة على الزوجين إذا رأيا ذلك ».[3]

*** القول الثاني:**

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأنه ليس من اختصاص الحكمين التفريق بين الزوجين إلا أن يجعل ذلك بأيديهما.

قال الجصاص:« ليس للحكمين أن يفرّقا إلا أن يرضى الزوج وذلك لأنه لا خلاف أن الزوج لو أقرّ بالإساءة إليها لم يفرق بينهما ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل الحكمين، وكذلك لو أقرّت المرأة بالنشوز، لم يجبرها الحاكم على خلع، ولا على رد مهرها، فإذا كان كذلك حكمها قبل بعث الحكمين، فكذلك بعد بعثهما لا يجوز إيقاع الطلاق من جهتهما من غير رضا الزوج، وتوكيله ولا إخراج المهر عن ملكها من غير رضاها، فلذلك قال أصحابنا أي الحنفية ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين إن كان التفريق عن طريق الخلع؛ لأن الحاكم لا يملك ذلك

1–الشربيني: مغني المحتاج ، ج3، ص261.

2–ابن قدامة: مصدر سابق،ج8، ص168.

3–ابن قدامة: المصدر نفسه، ج8، ص167.

فكيف يملكه الحكمان وإنما الحكمان وكيلان لهما، أحدهما وكيل المرأة والآخر وكيل الزوج في الخلع أو في التفريق بغير جعل، أي بغير بذل من الزوجة إن كان الزوج قد جعله إليه ذلك ».[1]

وقال أيضا:« ليس للحكمين أن يفرقا وهو قوله ﷻ:﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ﴾ [2] ولم يقل إن يريدا فرقة وإنما يوجه الحكمان ليعظا الظالم منهما وينكرا عليه ظلمه وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ هو على يده فإن كان الزوج هو الظالم أنكرا عليه ظلمه، وقال له: لا يحلّ لك أن تؤذيها لتخلع منك، وإن كانت هي الظالمة قالا له: قد حلّت لك الفدية وكان في أخذها مغدورا لما يظهر للحكمين من نشوزهما فإذا جعل كل واحد منهما إلى الحكم الذي من قبله ماله من التفريق والخلع كانا مع ما ذكرنا في أمرهما وكيلين جائز لهما أن يخلعا إن رأيا وأن يجمعا إن رأيا ذلك صلاحا فهما في حال شاهدان، وفي حال مصلحان وفي حال آمران بالمعروف وناهيان عن المنكر، و وكيلان في حال إذا فوّض إليهما الجمع والتفريق، وأما قول من قال: أنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل من الزوجين فهو تعسف خارج عن حكم الكتاب والسنة.[3]

وقال ابن قدامة:« اختلفت الرواية عن أحمد في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما لا يملكان التفريق بينهما إلا بإذنهما».[4]

وقال أيضا: « أن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما ».[5]

1-الجصاص: مصدر سابق،ج2، ص191.

2-سورة النساء: الآية35

3-الجصاص: المصدر نفسه، ج2،ص193.

4-ابن قدامة: مصدر سابق،ج8، ص168

5-المصدر نفسه ج 8 ص 168.

قال ابن حزم:« و ليس لهما أن يفرقا بين الزوجين ولا بخلع ولا بغيره».[1]

المطلب الخامس: موقف قانون الأسرة الجزائري

ذكرت المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري مصطلح النشوز ولكنها لم تنص على الحالات التي تعتبر الزوجة فيها ناشزا، وعليه نقترح المادة 55 مكرر1: تعتبر المرأة ناشزا في الحالات الآتية:

- استعلاؤها على الزوج وخروجها عن طاعته.
- تمنعها عن الزوج وغلق الباب دونه.
- التغليظ في القول معه.
- السفر والخروج من البيت بدون إذن من الزوج.
- الخيانة في نفسها وماله.

كما أنَّ قانون الأسرة الجزائري لم يشر إلى الوسائل التأديبية التي ذكرها الله -سبحانه وتعالى- في قوله:﴿ ...... وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلاًۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ﴿٣٤﴾ ﴾[2] فوعظ الزوج لزوجته وهجرها في المضجع، وضربها ضربا غير مبرح، شرع لا يمكن إغفاله وحق للزوج لا يمكن إسقاطه، حتى يمتنع ضرر النشوز الذي يؤدي إلى الشقاق، وتستقر الأسرة وتدوم العشرة، و تسود السعادة والطمأنينة بين الزوجين و أبنائهما وعليه نقترح المادة 55 مكرر 2: يجوز للزوج أن يؤدب زوجته الناشز بالوعظ أو بالهجر في المضجع أو بالضرب الغير مبرح،

1-ابن حزم: مصدر سابق، ج10 ،ص87 .
2-سورة النساء: الآية34

وفي حالة ظهور الشقاق بين الزوجين فإن قانون الأسرة الجزائري قد أخذ بقوله ﷻ:﴿.وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ .....﴾[1] ، وهذا ما نصت عليه المادة 55 من قانون الأسرة التي بينت بأن مهمة الحكمين هي التوفيق بين الزوجين.

كما أشار إلى ذلك العربي بلحاج بقوله :« فعلى الحكمين أن يتفهما أسباب الشقاق والخصام و التحقق من وجود الضرر وعناصره، وأن يبذلا جهدهما في التوفيق والإصلاح بين الزوجين، و أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي وعلى القاضي أن ينظر في القضية على ضوء هذا التقرير ».[2]

وبهذا يكون قانون الأسرة الجزائري قد أخذ برأي الحنفية ومن وافقهم بأن ليس للحكمين إلا أن يرفعا تقريرا إلى القاضي، وإذا تأكّد القاضي من نشوز أحد الزوجين حكم بالطلاق وهو رأي المالكية ومن وافقهم؛ لأنه إذا استعصى إزالة ضرر الشقاق بالإصلاح واستحالة الحياة الزوجية فإنه يزال بالتفريق بينهما، ليغني الله كلا من سعته.

1-سورة النساء: الآية35

2-العربي بلحاج: **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ج1، ص302.

المبحث الرابع

إزالة الضرر الناتج عن نشوز الزوج

قال الله ﷻ:﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًا وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ وَأُحۡضِرَتِ ٱلۡأَنفُسُ ٱلشُّحَّ وَإِن تُحۡسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرًا ﴾[1]

قد بيّنا في المبحث الثالث مفهوم النشوز والحالات التي تكون المرأة فيها ناشزا، والوسائل التي وضعها الشارع الحكيم لإزالة ضرر نشوزها، وموقف قانون الأسرة الجزائري، وسنبين في هذا المبحث معنى نشوز الزوج والوسائل التي جعلتها الشريعة لإزالة ضرر نشوزه، وموقف قانون الأسرة في أربعة مطالب.

المطلب الأول: مفهوم نشوز الزوج.

المطلب الثاني: إزالة ضرر نشوز الزوج بإسقاط المرأة لبعض حقوقها.

المطلب الثالث: إزالة ضرر نشوز الزوج بالتفريق.

المطلب الرابع: موقف قانون الأسرة الجزائري.

1-سورة النساء: الآية 128.

المطلب الأول: مفهوم نشوز الزوج

« نشوز الزوج ترفعه وتباعده عنها ومعاملتها بالخشونة في القول أو الفعل أوبهما معا »[1]

وقال الفخر الرازي في تفسيره :« الإعراض الوارد في الآية هو السكوت عن الخير والمدعاة و الإيذاء، وذلك لأن مثل هذا الإعراض يدل دلالة قوية على النّفرة والكراهية».[2]

وذكر النووي في المجموع حالات لنشوز الزوج، فقال:« أن يهجر زوجته بقطعه كلامه عنها أو يخاطبها بكلام خشن وبألفاظ نابية، أو يعيّرها بعيب حسي أو معنوي، أو يسيء الظن أو لا يطلبها للفراش».[3]

وقال ابن حجر العسقلاني:« وكذا لو أمرها بمعصية أو يأمرها بارتكاب محظور أو فعل ما حُرم عليها، فعليها أن تمتنع، فإن أدّبها على ذلك كان الإثم عليه».[4]

وقال البهوتي:« وقد يكون النشوز بالفعل، كأن يترك جماعها دون عذر شرعي»[5] وقال أيضا:« أو سبب فعلي أو يتعدى عليها بالضرب والشتم والإهانة، ويقصد مضاراتها أو يمتنع عن النفقة عليها في مأكل أو مشرب أو ملبس».[6]

1-محمد رشيد رضا: **من له حق التطليق**، رسالة دكتوراه مقدمة بالأزهر، (د ط)، سنة(1395هـ ، 1975 م). ص79.

2-الرازي: مصدر سابق،ج6، ص 66.

3-النووي: المجموع، ج 16، ص 452.

4-ابن حجر العسقلاني: **فتح الباري**، ج9، ص 304.

5-البهوتي: مصدر سابق، ج5، ص 209.

6-المصدر نفسه، ج5، ص 213.

فإذا أساء الزوج معاشرته لزوجته بالقول أو الفعل أو بهما معا، فإنه يحدث أضرارا بالغة في نفسيتها، قد تؤدي إلى الفرقة، ولإزالة هذه الأضرار وعلاجها، فقد أعطى الشارع الحكيم للمرأة التي تخاف من بعلها نشوزا وسائل لإزالة ضرر النشوز، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني والثالث.

المطلب الثاني: إزالة ضرر نشوز الزوج بإسقاط المرأة لبعض حقوقها

عن عائشة رضي الله عنها قالت في تفسير قوله ﷻ:﴿ **وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا...**﴾ [1] قالت: (هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج غيرها، تقول: أمسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فأنت في حلّ من النفقة عليَ والقسمة لي فذلك قوله ﷻ:﴿... **فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ...**﴾[2]).[3]

1-سورة النساء الآية 128

2-سورة النساء الآية 128

3-رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا، مصدر سابق، ج7، ص 33.

وعنها أيضا قالت:(نزلت هذه الآية﴿... **وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ...**﴾ في رجل كانت تحته امرأة قد طالت صحبتها وولدت منه أولادا فأراد أن يستبدل بها فراضته على أن تقيم عنده ولا يقسم لها).[1]

و عن ابن عباس –رضي الله عنهما– قال:(خشيت سودة[2] أن يطلقها النبي ﷺ– فقالت: لا تطلقني و امسكني و اجعل يومي لعائشة ففعل، فنزلت﴿... **فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ....**﴾ فما اصطلحا عليه من شيء فهو جائز)[3].

وجاء في تفسير القرطبي في سبب نزول الآية:﴿ **وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا...**﴾ أن رسول الله– ﷺ– أراد أن يطلق سودة بنت زمعة فالتمست منه أن يمسكها ويجعل نوبتها لعائشة فأجاز النبي –ﷺ– ذلك ولم يطلقها).[4]

1– رواه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب المرأة تهب يومها لصاحبتها، وحسنه الألباني مصدر سابق، ص 341 – 342.

2–هي زوجة للنبي –ﷺ– من بني عبد شمس، أسلمت قديما و بايعت و هاجرت للحبشة، الهجرة الثانية مع زوجها، يقال له السكران بن عمر فلما قدما مكة توفي زوجها و قيل مات و هو بالحبشة، فلما حلت من عدتها، تزوجها الرسول –ﷺ–- توفيت سنة 54هـ. ابن سعد: الطبقات الكبرى، ج8، ص 24.

3-سنن الترمذي: كتاب تفسير القرآن، رقم 2966.ج10 ، ص302.

4–القرطبي: مصدر سابق، ج5، ص 403.

و قال صاحب المبسوط :« و لو كانت عند الرجل إمرأة قد خلت في سنّها فأراد أن يستبدل بها شابة فطلبت أن يمسكها و يتزوج بالأخرى و يقيم عند التي تزوج أياما و يقيم عندها يوما فتزوج على هذا الشرط كان جائزا لا بأس به».[1]

و جاء في نهاية المحتاج:« و إن كان لا يتعدى عليها، وإنما يكره صحبتها لكبر أو مرض ونحوه، ويعرض عنها، فلا شيء عليه، ويسن لها استعطافه بما يحب، كأن تسترضيه بترك بعض حقها، كما تركت سودة نوبتها لعائشة».[2]

و بالنظر في دلالة الآية الكريمة وسبب نزولها والآثار التي وردت عن الصحابة –رضي الله عنهم– في جواز تصالح المرأة مع زوجها، إن خافت منه نشوزا، وقد أكد هذا الجواز الفقهاء في أقوالهم، التي أوردناها سابقا، يتعين على المرأة التي خافت أو أدركت نشوز زوجها وخشيت أنها ستصبح مجفوة، وأن تؤدي هذه الجفوة إلى الإعراض أو إلى الطلاق الذي يتركها كالمعلقة، لا هي زوجة و لا هي مطلقة، فليس هناك حرج عليها ولا على زوجها أن تتنازل له عن شيء من فرائضها المالية، أو فرائضها الحيوية، كأن تترك له قسمتها وليلتها، إن كانت تشاركها زوجة أخرى وكانت هي قد فقدت حيويتها للعشرة الزوجية، أو أن تعرض عليه أن يتزوج زوجة ثانية، إن كانت هي الوحيدة في عصمته، فالمرأة ذات الزوج المسقِطة لبعض حقوقها خير من المرأة المعلقة أو المطلقة.

المطلب الثالث: إزالة ضرر نشوز الزوج بالتفريق

إذا تنازلت الزوجة عن بعض حقوقها لإزالة ضرر نشوز زوجها و إعراضه عنها ولم يثمر هذا التنازل، وازداد الزوج ظلما لها، وصار يلحق بها الضرر بالقول والفعل. فهل يجوز لها أن ترفع الأمر إلى القاضي؟ وإذا أثبتت الضرر، فهل يرفعه القاضي عنها بالوعظ والتعزير؟ أم يرفعه بالتفريق؟

1–السرخسي: مصدر سابق، ج5، ص 209.

2–الرملي: مصدر سابق، ج6، ص 384.

يرى جمهور الفقهاء أن على القاضي أن يزيل ضرر نشوز الزوج بالوعظ و التعزير.

قال الدردير:« وإن تعدّى الزوج على زوجته لغير موجب شرعي أو سبب، كلعن أو نحوه، وثبت الضرر ببينة، أو إقرار، زجره الحاكم بالوعظ والتهديد، فإذا لم ينزجر ضرب إن ظن إفادته ».[1]

وجاء في المبسوط: « فإذا عاد إلى الجور بعدما نهاه القاضي، أوجعه عقوبة، و أمره بالعدل، لأنه أساء الأدب فيما صنع وارتكب ما هو حرام عليه ».[2]

و جاء في مغني المحتاج:« فإن أساء خلقه وآذاها بضرب وغيره بلا سبب، نهاه عن ذلك ولا يعزّره، فإن عاد إليه وطلبت تعزيره من القاضي عزره بما يليق لتعديه عليها».[3]

وقد انفرد المالكية بالقول بجواز إزالة ضرر نشوز الزوج بالتفريق من القاضي، إذا طلبت الزوجة ذلك، فمنهم من اشترط جواز التفريق بتكرار الإضرار بالزوجة، ومنهم من لم يشترط التكرار، واختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: عدم إشتراط تكرار الضرر

قال الخرشي:« إذا ثبت بالبيّنة عند القاضي أن الزوج يضار بزوجته، وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة، وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة لخبر[لا ضرر و لا ضرار] ».[4]

1-الدردير: الشرح الصغير، ج3، ص 312.
2-السرخسي: مصدر سابق، ج5، ص 219.
3-الشربيني: مغني المحتاج، ج3، ص 260.
4-الخرشي: مصدر سابق، ج3، ص 149.

فإذا أخذنا بهذا القول، وأعطينا الخيار للزوجة في جواز طلب التفريق لوقوع الضرر عليها من زوجها لأدى هذا إلى خراب معظم البيوت والأسر، إذ لا تسلم زوجة من وقوع الضرر عليها من زوجها ولو مرّة، وضرر الفرقة أعظم وأشد فلا يزال الضرر بضرر أكبر منه.

القول الثاني: إشتراط تكرار الضرر الخفيف

جاء في البهجة في شرح التحفة:« لابدّ من تكرار الضرر حيث كان أمرا خفيفا، فإذا كان ضررا فاحشا كان لها التطليق به».[1]

وهذا القول هو الأرجح؛ لأن الضرر الخفيف لا يثبت به الخيار في طلب التفريق، إلا إذا تكرّر وأصبحت الحياة الزوجية جحيما، أما إذا كان الضرر فاحشا لا تستطيع الزوجة أن تصبر عليه، فإنه يثبت لها الخيار في طلب التفريق، بسبب الضرر الذي أصابها من زوجها، ويثبت الضرر بأحد أمور ثلاثة.

1- إقرار الزوج بالضرر الذي ادعته المرأة.

قال الدردير: «ويثبت الضرر ببينة أو إقرار».[2]

2- الشهادة.

3-السماع الفاشي.

قال التسولي:« إن إضرار أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد الأمرين. إما شهادة عدلين فأكثر لمعاينتهم إياه لمجاورتهم للزوجين أو لقرابتهم ونحو ذلك. وإما

1-التسولي: **البهجة في شرح التحفة**، ضبط: محمد عبد القادر شمين، دار الكتب العلمية، بيروت ،الطبعة الأولى، سنة(1418هـ، 1998م)، ج1، ص 306.

2-الدردير: **الشرح الصغير**، ج3، ص 312.

السماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران من الناس والخدم وغيرهم».[1]

و إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر الذي يلحقه بها زوجها، ولم تتمكن من إحضار الشهود، وادعى الزوج خلاف قولها، يتعين على القاضي أن يلجأ إلى بعث حكمين ليعرف الضار من المضرور، ليزيل الضرر الذي ادعته الزوجة وقد تكلمنا على هذه الوسيلة في المبحث السابق.

المطلب الرابع: موقف قانون الأسرة الجزائري

تناولت المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري نشوز كلا الزوجين، ولكنها لم تبين الحالات التي يعتبر فيها الزوج ناشزا، وعليه نقترح المادة 55 مكرر3

يعتبر الزوج ناشزا في الحالات الآتية:

- الاستعلاء على الزوجة وسوء معاملتها بالقول أو الفعل.
- هجرها في الفراش من غير سبب شرعي أكثر من أربعة أشهر.
- ضربها ضربا مبرحا.
- سوء الظن بها وسبّها وشتمها.
- امتناعه عن نفقتها.

كما أن قانون الأسرة الجزائري لم يأخذ بقوله -ﷻ-: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًا وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ

1-التسولي: مصدر سابق، ج1، ص 302.

﴾.[1]الذي أعطى للزوجة التي تخاف من زوجها نشوزا الحق في أن تصالحه بإسقاط بعض حقوقها لتتفادى ضرر الشقاق والفراق.

وعليه نقترح المادة 55 مكرر4: يجوز للزوجة التي تخاف نشوزا من زوجها أن تتنازل له عن بعض حقوقها.

وفي حالة إذا ما تنازلت الزوجة عن بعض حقوقها، ولم تجد منفعة وتمادى الزوج في الإضرار بها فإنه عليها أن تثبت الضرر الذي لحقها، وترفع أمرها إلى القاضي ليزيل الضرر عنها. كما أشارت إلى ذلك المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري.

"عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق للطرف المتضرر".

وفي حالة عدم تمكن الزوجة من إثبات الضرر اللاحق بها بإقرار الزوج أو البينة فعلى القاضي أن يبعث حكما من أهله وحكما من أهلها ليتأكد من الطرف المتضرر ليحكم بالتوفيق أو التفريق فيزيل الضرر عنه.

1-سورة النساء: الآية 128.

المبحث الخامس

إزالة الضرر الناتج عن انعدام المعاشرة

إن الحياة الزوجية تعني الدفء والاستقرار، وتتطلب تواجد رب الأسرة ورعايته لها، فإذا غاب الزوج أو ارتكب ما يوجب حبسه أو فقد، فإن استقرار الحياة الزوجية يتلاشى، فالفراق ألم معنوي قد يهون أمامه الجوع وعدم الإنفاق، وإن الفطرة البشرية تجعل بعد الزوج عن زوجته مدة طويلة أمرا شديد الضرر بالغ الخطر. أما ضرره فيتعلق بآثاره السلبية على الصحة النفسية للزوجة، وأما خطره فيكمن في أثره على كيانها الأخلاقي.

وسنتناول موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من كيفية إزالة هذه الأضرار في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إزالة الضرر الناتج عن غيبة الزوج.

المطلب الثاني: إزالة الضرر الناتج عن حبس الزوج.

المطلب الثالث: إزالة الضرر الناتج عن فقدان الزوج.

المطلب الأول: إزالة الضرر الناتج عن غيبة الزوج

قد يغيب الزوج عن زوجته مدة قد تطول أو تقصر، وقد تكون بعذر أو بغير عذر وقد يعرف مكانه في غيبته وقد لا يعرف، فتتضرر الزوجة من جراء غيبته فتتقدم للقاضي مطالبة برفع الضرر عنها.

فهل للقاضي أن يجيبها إلى طلبها إن طلبت تطليقها من زوجها ليخلصها من الضرر؟ أم أن مهمة القاضي رفع الضرر عنها بإجبار زوجها على إنهاء غيبته، أو أخذ زوجته معه إلى مكان غيبته؟ أم أن ليس للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي ليزيل عنها ضرر غيبة زوجها وعليها أن تصبر إلى غاية عودته؟ هذا ما سنجيب عليه في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: وجوب الصبر على الضرر الناتج عن الغيبة

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بوجوب الصبر على ضرر غيبة الزوج، وعدم جواز التفريق بين الزوجة وزوجها الغائب عنها مهما طالت مدة غيبته؛ لعدم ورود الدليل الشرعي على جواز التفريق.

جاء في الأم: «فلم أعلم مخالفا في أن الرجل والمرأة لو غابا أو أحدهما برا أو بحرا علم مغيبهما أو لم يعلم فماتا أو أحدهما فلم يسمع لهما بخبر أو أسرهما العدو فصيرهما إلى حيث لا خبر عنهما، لم نورث أحدا منهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه، فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت، لا تعتد امرأته ولا تنكح أبدا حتى يأتيها يقين».[1]

وجاء في مغني المحتاج: « إنه لا فسخ مادام الزوج موسورا و إن غاب غيبة منقطعة».[2]

1-الشافعي: الأم، ج5، ص 221.

2-الشربيني: مغني المحتاج، ج3، ص 442.

وجاء في المحلى:« لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبته ولا إيجاب عدة ممن لا يصح موته ولا أن يطلق أحد عن غيره».[1]

الفرع الثاني: جواز إزالة الضرر الناتج عن الغيبة بالتفريق

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بجواز رفع المرأة أمرها إلى القاضي بسبب غيبة زوجها لإزالة ضرر خوف الفتنة، وإن ترك لها مالا تنفق منه إن لم تستطع الصبر على شهوتها، وسواء كانت هذه الغيبة بعذر أو بغير عذر؛ لأن الضرر حاصل في الحالتين، إلا أنه ليس للقاضي أن يوقع الطلاق عليه، إلا بعد أن يكتب إليه إن علم مكانه، فيطلب منه الحضور إلى زوجته، أو يلحقها به، أو يطلق إن لم يكن له بها شأن فإن لم يفعل واحدة من هذه الثلاث، قام القاضي فطلق عليه.

جاء في الشرح الكبير:« الغائب لابد من طول غيبته سنة فأكثر ولابد من الكتابة إليه، إما أن يحضر أو ترحل امرأته إليه إن علم محله وأمكن، ولابد من خوفها على نفسها ويعلم ذلك من جهتها».[2]

وجاء في حاشية الدسوقي :« لا يطلق على من ترك الوطء لغيبته، إلا إذا طالت مدة الغيبة كسنة فأكثر».[3]

وجاء في مواهب الجليل:« غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته، وهو مع ذلك معلوم المكان، فهذا يكتب إليه السلطان، إما أن يقدم إليه أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها، وإلا طلق عليه ».[4]

1-ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص 142.
2-الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص 431.
3-الدسوقي: مصدر سابق، ج2، ص 431.
4-الحطاب: مصدر سابق، ج4، ص 156.

ومن خلال أقوال المالكية، فإن أقلّ مدة الغياب الموجبة لطلب التفريق هي سنة سواء أكان هذا الغياب بعذر أمْ بغير عذر. أما عند الحنابلة – كما سنرى – فأدنى مدة عندهم للغياب الموجبة لطلب التفريق هي ستة أشهر، ولابد أن يكون الغياب بغير عذر.

جاء في المغني:« وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة، سقط حقها من القسم والوطء، وإن طال سفره وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع، فإن أحمد ذهب إلى توقيته بستة أشهر، فإنه قيل له: كم يغيب الرجل على زوجته؟ قال: ستة أشهر يكتب له فإن أبى أن يرجع فرّق الحاكم بينهما. وإنما صار إلى تقديره بهذا لقول عمر: بينما عمر بن الخطاب بحرس المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول:

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال عليا أن لا خليل ألاعبه

ووالله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر فقيل له: هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله راجعا ثم دخل على حفصة فقال: يا بنية كم تصبر المرأة على زوجها؟ فقالت: سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا. فقال لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، قالت: خمسة أشهر ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة أشهر ويسيرون شهرا راجعين».[1]

الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ولا سيما الفقرة الخامسة منها والتي نصها: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1–ابن قدامة: مصدر سابق، ج8، ص143.

-" الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".[1]

نجده لم يراع الضرر الذي يلحق الزوجة بغيبة زوجها، والمتمثل في حرمانها من الوطء، والذي يعتبر أهم مقاصد الزواج الرئيسية، وأعطى لزوجة الغائب الحق في طلب التفريق إذا توفرت ثلاثة شروط نادرا ما تتحقق إلا في زوج غائب، ظالم، مهمل، مستهتر بمسؤولية أسرته:

- أن تمر سنة كاملة على الغيبة.

- أن تكون الغيبة بدون عذر.

- أن لا يترك نفقة لزوجته.

فإذا غاب الزوج مدة تزيد عن السنة بغير عذر وترك لزوجته نفقة فلا حق لها في طلب التفريق لإزالة الضرر عنها، و إذا غاب الزوج عن زوجته بدون عذر ولا نفقة مدة تقل عن السنة فلا حق لها في إزالة الضرر عنها، و إذا غاب الزوج بعذر ولم يترك نفقة وطالت غيبته أكثر من سنة فلا حق لها في إزالة الضرر عنها، وكان الأولى أن يأخذ قانون الأسرة بروح الشريعة ومقاصدها لإزالة ضرر خوف الفتنة على زوجة الغائب، وخاصة إذا صرحت بذلك ورفعت أمرها إلى القاضي.

فمقام الزوجة بعيدا عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تتحمله الطبيعة البشرية في الأعم الأغلب حتى ولو كان غياب الزوج بعذر وترك لها مالا لتنفقه على نفسها وعلى أولادها.[2]

1-مولود ديدان: مرجع سابق، ص13.

2-أبو زهرة: مرجع سابق، ص 428.

فالأولى أن يأخذ قانون الأسرة الجزائري برأي المالكية والحنابلة المجيز لرفع ضرر غيبة الزوج، ولذلك أقترح أن تكون المادة الخاصة بالزوجة المتضررة من غيبة زوجها كالتالي:

يجوز للزوجة الغائب زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي لإزالة الضرر عنها بالشروط الآتية :

- إذا غاب عنها أكثر من ستة أشهر بغير عذر.

- إذا غاب عنها أكثر من سنة ولو بعذر.

- على القاضي أن يكتب إلى الزوج الغائب المعلوم المكان، إما أن يحظر وإما أن يحمل زوجته إليه وإما أن يطلق وإلا طلق عليه القاضي وإن كان مجهول المكان طلق القاضي عليه في الحال.

وذلك لأن الضّرر محقق من الغياب وعلى القاضي أن يرفعه بالتطليق لأنه لا ضرر ولا ضرار في الفقه الإسلامي ولأن ذلك ليس إمساكا بمعروف فتعين التسريح بإحسان.[1]

المطلب الثاني: إزالة الضرر الناتج عن حبس الزوج

قد يحبس الزوج ظلما، أو بسبب ارتكابه لجريمة توجب عقوبة السجن، فتتضرر زوجته من جراء حبسه، فترفع أمرها إلى القاضي ليزيل عنها الضرر. فهل للقاضي أن يستجيب لطلبها إذا طلبت الفرقة عن زوجها ليدفع عنها الضرر؟ أم ليس للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي ليزيل عنها ضرر بُعْد زوجها عنها بسبب حبسه؟ أم عليها أن تصبر إلى غاية إطلاق سراحه؟ وهذا ما سنتناوله في فرعين:

1-أبو زهرة: مرجع سابق ص 428.

الفرع الأول: إزالة الضرر الناتج عن الحبس عند الفقهاء

ليس في أحكام مذهب أبي حنيفة ما تعالج به مثل هذه الحالة – السجن – ومعالجتها واجب اجتماعي محتم.[1]

أما الحنابلة فالراجح عندهم عدم التفريق بين الرجل و زوجته بسبب الحبس؛ لأن الحبس غيبة بعذر و إن كان العذر في ذاته غير مشروع.[2]

وخالف ابن تيمية الفتوى في مذهبه و أفتى بجواز التفريق للحبس أو الأسر إذ جاء في فتاويه: « وحصول الضرر بترك الوطء مقتض للفسخ لكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة أولى للفسخ وعلى هذا القول في امرأة الأسير أو المحبوس ونحوهما ممن يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود».[3]

أما المالكية فيجيزون التفريق بين الزوج وزوجته بسبب حبس الزوج.[4] لأنهم يعتبرون مطلق الغيبة بعذر أو بغير عذر سببا يجيز للزوجة طلب التطليق. ومذهب المالكية متناسق؛ لأنهم يرون أن مناط التطليق للغيبة، وعلّة التفريق بينهما هو الضرر الذي قد يصيب الزوجة، وهو متحقق سواء كانت الغيبة بعذر أو بغير عذر، والتطليق للحبس عند المالكية يقع بائنا.

الفرع الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري ولاسيما الفقرة الرابعة من المادة 53 والتي نصها: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1–أحمد الغندور: **الطلاق**، ص 150.

2–البهوتي: **كشاف القناع**، ج4، ص 115.

3–ابن تيمية: **الاختيارات الفقهية**، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، (د ط ت)، ص 200.

4–الحطاب: مصدر سابق، ج4، ص 157.

– الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.[1]

نجده لم يعط اعتبارا للضرر الذي يلحق الزوجة بفراق زوجها وحرمانها من حقها في الفراش بسبب حبس زوجها. هذا الحرمان الذي قد يؤدي بها إلى انحلال أخلاقها وارتكاب جريمة الزنا التي تمسّ بشرف الأسرة بكاملها وكان على قانون الأسرة أن يدرك الغاية التي أجاز لأجلها الفقهاء لزوجة المحبوس الحق في طلب التفريق، إن خافت أن تفتن في نفسها، وذلك دفعا للضرر عنها وعن أسرتها، كما أشار إلى ذلك ابن تيمية بقوله :« وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو بغير قصد ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة فهو أولى للفسخ ».[2]

وقد أجازت القوانين العربية للزوجة طلب التفريق لمجرد حبس زوجها كالقانون المصري رقم 25 لسنة 1929 م في المادة 148.

وعليه نقترح أن تكون المادة الخاصة بالزوجة المتضررة من حبس زوجها كما يلي:

"يجوز للزوجة التي حكم على زوجها بالحبس النافذ سنة فأكثر أن تطلب التطليق من القاضي ولو ترك لها مالا تنفقه على نفسها وعلى أولادها".

المطلب الثالث: إزالة الضرر الناتج عن فقدان الزوج

المفقود: "هو الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم خبره".[3] أي هو "اسم شخص

1–مولود ديدان: مرجع سابق، ص 13.

2–ابن تيمية: **الاختيارات الفقهية**، ص 247.

3–ابن جزي: مصدر سابق، ص 211.

غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت".[1]

فالزوجة التي غاب عنها زوجها بفقدانه في الحرب أو البحر أو الصحراء أو بالاختطاف من بيته ولم تتيقن من حياته أو موته، فهل يلزمها الصبر على ضرر غيبة زوجها؟ أم يجوز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي إن مضت مدة معينة على فقدانه ليزيل عنها ضرر الوحشة و الفرقة؟ هذا ما سنبينه في ثلاثة فروع.

الفرع الأول: وجوب الصبر على الضرر الناتج عن فقدان الزوج

يرى الحنفية والشافعية والظاهرية أن على الزوجة أن تصبر على الضرر الناتج عن فقد زوجها، ولا يجوز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي، إلا إذا تيقنت موته أو لم يبق أحد من أقرانه على قيد الحياة.

جاء في بدائع الصنائع: « وأما حال المفقود فعبارة مشايخنا ــ رحمهم الله ــ عن حاله أنه حي في حق نفسه ميت في حق غيره ».[2]

وجاء في المبسوط:« فإذا لم يظهر خبره فظاهر المذهب أنه إذا لم يبق أحد من أقرانه حيّا فإنه يحكم بموته؛ لأن ما تقع الحاجة إلى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء ».[3]

وجاء في الأم :" لم أعلم مخالفا في أن الرجل أو المرأة لو غابا أو أحدهما برا أو بحرا علم مغيبهما أو لم يعلم فماتا أو أحدهما فلم يسمع لهما خبرا أو أسرهما العدو فصيرهما إلى حيث لا خبر عنهما، لم نورث واحدا منهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه، فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت لا

1-الكاساني: مصدر سابق، ج6، ص 196.

2-المصدر السابق.ج 6 ،ص196.

3-السرخسي: مصدر سابق، ج11، ص 35.

تعتد امرأته ولا تنكح أبدا حتى يأتيها يقين وفاته ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه».[1]

وجاء في المحلى:« ومن فقد فعرف أين موضعه أو لم يعرف في حرب فقط أو في غير حرب وله زوجة.... لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبدا وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي».[2]

واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله -ﷺ-: [امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان].[3]

وقول الإمام علي ــ رضي الله عنه ــ: (في امرأة المفقود: (هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق).[4]

ومن القياس:« أن النكاح بيقين فلا يزال إلا بيقين إذ لو حكم بنكاحها قبل ثبوته لنقض الحكم وذلك لمخالفته القياس الجلي إذ لا يجوز أن يكون حيّا في ماله وميتا في حق زوجته».[5]

1-الشافعي: الأم، ج5، ص 239.

2-ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص 133-134.

3-الدار قطني: السنن، كتاب النكاح، باب امرأة المفقود، السنن وبذيلها التعليق المغني على سنن الدار قطني للعظيم أبادي، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، (د، ط)، سنة(1385هـــ ، 1966م)، ج2، ص 421.

4-المصدر نفسه.ص421 .

5-الأنصاري أبو يحيى زكرياء: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار المعرفة، بيروت، (د ط ت) ج2، ص 107.

الفرع الثاني: جواز إزالة الضرر الناتج عن فقدان الزوج بالتفريق

ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بجواز طلب تفريق زوجة المفقود عن زوجها، إذا لم تصبر على ضرر الفرقة وانعدام النفقة، لكنهم اختلفوا في نوع المفقود والمدة التي يجب على الزوجة الصبر فيها.

فالمالكية يقسمون المفقود إلى أربعة أقسام.

جاء في بداية المجتهد:« والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة، مفقود في أرض الإسلام و مفقود في أرض الحرب، ومفقود في حروب المسلمين، ومفقود في حروب الكفار».[1]

أولا- مفقود في أرض الإسلام:

فهذا يحكم بوفاته بعد مضي أربعة أعوام ويفرق بينه وبين زوجته[2].

ثانيا- مفقود في أرض الحرب:

فهذا لا يفرق بينه وبين زوجته؛ لأن حياته معلومة وعذره في نفي قصد المضارة ظاهر فلا يفرق بينه وبين زوجته إلى أن ينكشف أمره وذلك بمرور ومضي سن التعمير.[3]

ثالثا- مفقود في حروب المسلمين:

فهذا حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل: يتلوم له بحسب بعد الموضع

1-ابن رشد الحفيد: مصدر سابق، ج2، ص 52-53.

2-الخرشي: مصدر سابق، ج4، ص 150.

3-القاضي عبد الوهاب: **المعونة على مذهب عالم المدينة مالك بن أنس**، تحقيق و دراسة: حميدش عبد الحق، دار الفكر، بيروت، (د ط)، سنة(1419 هـ،1998م).ج 2، ص824.

الذي كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل في ذلك سنة.[1]

رابعا- مفقود في حروب الكفار:

فهذا إذا لم يقف له على خبر يجتهد الحاكم في أمره، فإن غلب على الظن هلاكه اعتدت امرأته وتزوجت ولا يحتاج إلى ضرب أجل؛ لأن الأغلب من شأنه الهلاك.[2]

أما الحنابلة فقد قسّموا المفقود إلى قسمين:

جاء في المغني:« أن يفقد وينقطع خبره ولا يعلم له موضع فهذا ينقسم إلى قسمين أحدهما: أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله ليلا أو نهارا أو يخرج للصلاة فلا يرجع، فمذهب أحمد الظاهر عنه أن زوجته تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشر وتحل للأزواج»[3] ودليل أصحاب هذا الرأي في ذلك:

أ-أنه فقد رجل في خلافة عمر بن الخطاب ــ ﷺ- فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال:(انطلقي فتربصي أربع سنين)، ففعلت ثم أتته.

فقال:(انطلقي فاعتّدي أربعة أشهر وعشرا). ففعلت ثم أتته فقال:(أين ولي هذا الرجل ؟) فقال:(طلقها). ففعل فقال عمر: (انطلقي فتزوجي من شئت).[4]

ب- قوله -ﷺ-: [عليكم بسنّتي وسنّة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي عضوا

1-ابن رشد الحفيد: مصدر سابق، ج2، ص 53.

2-القاضي عبد الوهاب: المعونة، ج2، ص 824.

3-ابن قدامه: مصدر سابق، ج7، ص 487-489.

4-أورده الألباني في الإرواء ونسبه للأثرم والجوزجاني، وقال: صحيح، ينظر إرواء الغليل، مصدر سابق، ج6، ص150.

عليها بالنواجذ].[1]

ج- قوله -ﷺ-: [لا ضرر ولا ضرار].[2]

وأما القياس، فهو تشبيه الضرر اللاحق بها من غيبته بالإيلاء والعنّة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين[3].

الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري

لقد أخذ قانون الأسرة الجزائري برأي المالكية و الحنابلة في جواز طلب التفريق لزوجة المفقود بسبب الضرر الناتج عن غيبة الزوج لكنه وقع في الخطأ لمّا أحال المادة 112 على الفقرة الخامسة من المادة 53 والتي نصها:

- لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.[4] إذ أن الفقرة الخامسة من المادة 53 تشترط ثلاث شروط، ينبغي توفرها في الزوج الغائب.

فاشتراط مضي سنة على المفقود تناقضه المادة 113، والتي تنّص على عدم جواز الحكم بموت المفقود إلا بعد مضي أربع سنوات، وتناقض المادة 109 التي لا تعتبر الشخص مفقودا إلا بحكم.

أما اشتراط انعدام العذر لا يمكن أن يتوفر في المفقود؛ لأن المفقود معذور.

1-رواه ابن ماجه في سننه، باب إتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين، وصححه الألباني فيه، مصدر سابق، ص 05.

2-حديث سبق تخريجه. ص 05

3-ابن رشد الحفيد: مصدر سابق، ج2، ص 52-53.

4-مولود ديدان: مرجع سابق، ص24.

أما اشتراط انعدام النفقة في المفقود، فقد يكون الزوج المفقود يملك ثروة تكفي زوجته زمنا طويلا فهذه الإحالة من قبيل العبث، وعليه أقترح أن يعدل نص المادة 112 كما يلي:

–على القاضي أن يطلق الزوجة التي تطلب الطلاق إذا صدر الحكم بفقد زوجها.

ولقد أحسن قانون الأسرة الجزائري في المادة 113 لما أخذ برأي الحنابلة في جواز الحكم على الشخص الغائب بالفقد بعد مضي أربع سنين وتقسيم المفقود إلى قسمين:

أ– مفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري.

ب–مفقود في حالات تغلب فيها السلامة يفوض أمره إلى القاضي في تحديد المدة بعد مضي أربع سنوات.

وهذان القسمان للمفقود غير كافيين إذ كان على قانون الأسرة الجزائري أن يضيف القسم الثالث و الرابع الذين ذكرناهما عند المالكية في الفرع الثاني لأن هناك مفقود يغلب على الظن موته كالمفقود في المعركة أو في زلزال أو غرق في البحر أو بسقوط طائرة. فلماذا تنتظر زوجته أربع سنين حتى يحكم بفقده؟ فهذا من قبيل المضارة بها.

الخلاصة :

إن العلاقة الزوجية أساسها المعاشرة الحسنة، بالمودة والمحبة والرحمة والتعاون والتفاهم، وإعذار الواحد منهما الآخر فيما يصدر عنه، من خطأ أو تقصير أو نقص، فإذا كان الأمر لا يحتمل، وتضرر منه الطرف الآخر، وجب إزالة الضرر. فالمرأة التي امتنع زوجها عن نفقتها، وجب إزالة الضرر عنها

ولو بالتفريق بينهما. وإذا وجد الزوج بالآخر عيبا تناسليا، أو مرضا معديا، جاز إزالته بالعلاج أو بالتفريق. وإذا نشز أحد الزوجين، وجب إزالة ضرر نشوزه بإصلاحه، فإن تعذر الإصلاح جاز التفريق. والمرأة المتضررة بانعدام معاشرة زوجها لها بالغيبة، أو بالحبس، أو بالفقد، جاز لها أن تطلب التفريق عن زوجها، وعلى القاضي أن يستجيب لطلبها. وإن كنت قد حصرت هذه الأضرار، لأنها أضرار لا يتحملها الزوج المتضرر، ولا يصبر عليها عادة، والشارع الحكيم يجيز طلب التفريق لإزالتها.

الفصل الثالث

تعويض الضرر الناتج عن حل العلاقة الزوجية

لقد بيّنا في الفصل السابق تعويض الضرر الناتج أثناء العلاقة الزوجية، بإزالته حتى وإن أدّى دفع الضرر إلى حلّ هذه العلاقة بالفرقة، وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين نتجت عن ذلك أضرار لا يمكن إزالتها إلا بتعويض مالي، فالمرأة التي لم تأخذ مهرها والتي لا تجد نفقة في عدتها، والتي تتحمّل تكاليف الرضاع والحضانة يلحقها الضرر، كما يتضرر الرجل من جراء خلع زوجته له، وقد أقر الشارع الحكيم تعويضات عن هذه الأضرار، سنتناولها في ستة مباحث.

المبحث الأول: تعويض ضرر الفرقة بالمهر

المبحث الثاني: التعويض بالمتعة

المبحث الثالث: التعويض بنفقة العدة

المبحث الرابع: التعويض عن الرضاع

المبحث الخامس: التعويض عن الحضانة

المبحث السادس: تعويض الزوج المخالع ببدل الخلع

المبحث الأول

تعويض ضرر الفرقة بالمهر

سنتناول في هذا المبحث تعريف المهر، لغة و اصطلاحا، وأدلة مشروعيته وحكمه وحكمته، والتعويض بالمهر الذي تستحقه المطلقة قبل الخلوة، وبعد الخلوة وقبل الدخول، ولا ننسى المرأة المتوفى عنها زوجها، وموقف قانون الأسرة الجزائري من التعويض بالمهر، وسنقسم المبحث الى ثلاثة مطالب .

- **المطلب الأول: مفهوم المهر**
- **المطلب الثاني: مشروعية المهر**
- **المطلب الثالث : تعويض ضرر الفرقة بالمهر**

المطلب الأول: مفهوم المهر

الفرع الأول: تعريف المهر في اللغة

المهر: الصداق، جمع مهور ومهرها كمنع ونصر، وأمهرها جعل لها مهرًا. أو مَهَرَهَا: أعطاها مهرًا. وأمهرها زوجها من غيره على مهرٍ وفي المثل: كالممهورة إحدى خادمتيها طالبت حمقاء بعلها بالمهر فنزع إحدى خادمتيها ودفعها إليها فرضيت بها. ونظيره أن رجلا أعطى آخرا مالا فتزوج به ابنة المعطي ثم امتن عليها بما مهرها فقالوا: كالممهورة من مال أبيها. والمهيرة: الحرة الغالية المهر. والماهر: الحاذق بكل عمل و السابح المجيد، ج مهرةٌ، وقد مَهَرَ الشيء وفيه وبه كمنع مهرًا ومهورا ومهارا ومهارة. والمُهر بالضم: عظم في الزور كالمُهْرَة وثمر الحنظل، ج: مِهَرَةً كعنبة وولد الفرس. أو أول ما ينتج منه ومن غيره، ج : أمْهَارٌ و مِهَارٌ و مِهَارَة و الأنثى مُهْرَةٌ و الأمُ: مُمْهِرٌ و المُهْرَةُ: خرزة كان النساء يتحببن بها أو فارسية. والمهر كصردٍ: مفاصل مثلا حكة في الصدر أو غراضيف الضلوع واحدتها: مُهْرَةٌ كأنها فارسية. و مَهْرَة بن حيدان بالفتح حي. والإبل المهرية منه ج: مَهَارِى ومَهَارِ ومَهَارِيٌّ و أَمْهَرَ الناقة ، جعلها مَهْرِيَةً. والمهرية حنطة حمراء ومَاهِرٌ ومُهَيْرَةٌ كَجُهَيْنَةٍ[1]".

الفرع الثاني: تعريف المهر في الاصطلاح

بالنظر إلى كتب الفقهاء نجدها قد عرفت المهر بتعاريف عديدة نذكر منها:

تعريف الحنفية:

« المهر هو المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج لزوجته إما بالتسمية أو بالعقد[2] »

---

1 - الفيروز أبادي: مصدر سابق، ص 516. ابن منظور: مصدر سابق ، ج6، ص 4286. الرافعي: مصدر سابق، ص300.

2 - المرغيناني: مصدر سابق ،ج2 ، ص204 – 205.

تعريف المالكية:

« ما يعطى للزوجة في مقابل الاستمتاع بها».[1]

تعريف الشافعية:

« ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا».[2]

تعريف الحنابلة:

« المهر هو العوض في النكاح سواء سمي في العقد، أو فرض بعده بتراضي الطرفين، أو حكم الحاكم، أو العوض في نحو النكاح كوطء الشبهة»[3].

تعريف المتأخرين:

«المهر اسم المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا[4]».

وعرفه آخر بقوله:« المهر هو حق مالي أوجبه الشارع للمرأة على الرجل في عقد زواج أو دخول بشبهة أو بعد عقد فاسد».[5]

ويفهم من خلال هذه التعاريف بأن المهر مال تعوض به المرأة وجوبا على زوجها. إما بسبب العقد عليها، أو بسبب الدخول بها.

1 - الدردير: **الشرح الكبير**، ج2، ص463.
2 - الشربيني: **مغني المحتاج**، ج2، ص 220.
3 - البهوتي: **كشاف القناع**، ج5، ص 220.
4 - بدران أبو العينين بدران:مصدرسابق، ص 181 .
5- محمد مصطفى شلبي: **أحكام الأسرة في الإسلام**، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، سنة (1397هـ-1977م)، ص339-340.

وقد جاء في الشرع الحنيف ألفاظ مرادفة للمهر تدل عليها آيات كريمة، و أحاديث نبوية شريفة هي: الصداق، النّحلة، الفريضة، الأجر، الطول، النكاح، العلائق والحباء .

أما الصداق والنّحلة فيشهد لهما قوله ﷻ: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ ۚ ﴾[1].

والصدقات المهور واحدها صدقة»[2]. وهي لغة في (الصداق)[3].أما النحلة فقد روي عن ابن عباس –رضي الله عنهما– يعني بالنّحلة: المهر[4].

أما الفريضة فيشهد لها قولهﷻ:﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ ۚ .....﴾.[5]

قال ابن عباس–رضي الله عنهما–:(الفريضة: الصداق)[6]. ويشهد للأجر قوله ﷻ:﴿.... وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ .... ﴾.[7]

جاء في تفسير الطبري: ﴿ ....وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ... ﴾ الصداق.[8]

1- سورة النساء: الآية 4.
2- الجوزي عبد الرحمان بن علي بن محمد: **زاد المسير**، المكتب الإسلامي، بيروت، (د ط)، سنة (1404هـ. 1984م) ج2، ص11.
3- ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله: **المبدع**، المكتب الإسلامي، بيروت،(د ط)، سنة (1400هـ،1980م) ج7، ص130.
4- الطبري: مصدر سابق، ج4، ص162.
5- سورة البقرة: الآية 236.
6- الطبري: مصدر سابق، ج5، ص13.
7- سورة النساء: الآية 25.
8- الطبري: مصدر سابق، ج5، ص19.

وجاء في أحكام القرآن للشافعي: والأجر هو الصداق، والصداق هو الأجر و المهر.[1] ويشهد للطول قوله ﷻ: ﴿ وَمَن لَّمۡ يَسۡتَطِعۡ مِنكُمۡ طَوۡلًا .... ﴾[2].

وللنكاح قوله ﷻ: ﴿ وَلۡيَسۡتَعۡفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا .... ﴾[3]

ويشهد للحباء قوله -ﷺ-:[أيّما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها] .[4]

أما العلائق فيشهد لها قوله -ﷺ-:[أدوا العلائق، قيل: وما العلائق يا رسول الله ؟. قال ما يتراضى به الأهلون] .[5]

المطلب الثاني: مشروعية المهر

الفرع الأول: أدلة مشروعيته

أولا : من الكتاب قوله ﷻ : ﴿ ۞ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ .... ﴾.[6]

1- الشافعي: **أحكام القرآن**، تحقيق: عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)، سنة(1400 هـ،1980م) ج1، ص197.
2- سورة النساء: الآية 25.
3- سورة النور: الآية 33.
4- رواه أبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئا، ينظر سنن أبي داود بتعليق الألباني، مصدر سابق، ص369،.ورواه ابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب الشرط في النكاح، مصدر سابق، ص338، أخرجه الإمام أحمد في المسند،مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص، مصدر سابق، ج11، ص313.
5- أخرجه البيهقي في معرفة السنن والآثار، كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرا،تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي، القاهرة ،الطبعة الأولى، سنة (1411 هـ - 1991م)، ج10، ص213.
6- سورة النساء : الآية 4.

جاء في تفسير القرطبي: « و النّحله بكسر النون وضمها لغتان : أصلها من العطاء، وقيل: فريضة واجبة».[1]

وقوله ﷻ:﴿ ... فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ... ﴾.[2]

قال القرطبي:« والأجور : المهور ، وسمي المهر أجرا؛ لأنه أجر الاستمتاع »[3].

وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين:

تدل هاتان الآيتان على وجوب الصداق للمرأة.

ثانيا: من السنة

روى البخاري:« عن أنس أن عبد الرحمان بن عوف تزوج امرأة على وزن نواة[4] فرأى النبي– ﷺ– بشاشة العرس، فسأله فقال: إني تزوجت امرأة على وزن نواة».[5]

و قوله –ﷺ– لمن أراد الزواج:(التمس ولو خاتما من حديد).[6]

وأخرج البخاري عن أنس أن رسول الله –ﷺ–(أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها، وأولم عليها بحبس).[7]

1- القرطبي: مصدر سابق، ج5، ص24.
2- سورة النساء: آية 24.
3- القرطبي: مصدر سابق، ج5 ،ص129.
4- نواة : والنواة خمسة دراهم كما يقال للعشرين انش. الرازي محمد بن أبي بكر: مختار الصحاح. تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الطبعة الرابعة , السنة(1401 هـ , 1990م)، ص 524.
5- رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب قوله تعالى: "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة"، مصدر سابق، ج7، ص20.
6- رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب والسلطان ولي، مصدر سابق، ج7، ص17.
7- صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الوليمة ولو بشاة، مصدر سابق، ج7،ص24.

وجه الدلالة:

يدل الحديث الأول والثاني على وجوب الصداق للمرأة، والحديث الثالث يدل على أن الصداق واجب ويجوز أن يكون في عتق رقبة الأمة للزواج بها.

ثالثا: من الإجماع.

أجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح من عصر النبوة إلى يومنا هذا. قال القرطبي :« وهو مجمع عليه لا خلاف فيه إلا ما روي عن بعض أهل العلم من أهل العراق أن السيّد إذا زوج عبده من أمته لا يجب فيه صداق وليس بشيء لقوله ﷻ : ﴿ ۞ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ ... ﴾ ».[1]

***رابعا: من المعقول.**

إن الله عزّ وجل لو أباح الزواج من دون أن يوجب فيه المهر على الزوج لأدى ذلك إلى ابتذال النساء والحطّ من قدرهنّ، وإلى الاستهانة بأمر الزواج، فتقطع العلاقة الزوجية لأتفه الأسباب، حيث أن الزواج لم يكلفه شيء من المهر، أما إذا دفع مهرا فإن ذلك يجعله على التأني في الطلاق، فلا يقدم عليه إلا عند الحاجة أو الضرورة الشديدة[2].

الفرع الثاني: حكمة مشروعية المهر

شرَع الصداق على أنه هدية لازمة من الزوج إلى زوجته وعطاء مقرّر و عوض وهو إبانة لشرف محلّ الزواج – كما جاء في شرح فتح القدير – ولتقريب القلوب وراحة النفوس.[3]

1- القرطبي: مصدر سابق، ج5 ص18.
2- بدران أبو العينين بدران: مرجع سابق، ص 184.

3- بن الهمام: مصدر سابق، ج2، ص434.

أما وجوبه على الرجل دون المرأة:

فلأن المرأة بعقد الزواج تدخل في طاعة الزوج وتخضع لرئاسته والنظام الطبيعي في الحياة جعل طبيعة الرجل تمكنه من السّعي للرزق والعمل لكسب المال الذي تتطلبه نفقات المعيشة، والمرأة بطبيعتها تقوم على شؤون البيت وتهيئة أسباب الراحة والسعادة لزوجها وأولادها فكان من المناسب جعل التكاليف المالية التي تقتضيها الحياة الزوجية كلها على الرجل دون المرأة ومن هذه التكاليف الصداق.[1]

الفرع الثالث: حكم الصداق

اختلف الفقهاء في حكم الصداق هل هو شرط أم واجب ؟

ذهب الأحناف إلى أن الصداق واجب شرعا على أنه حكم من أحكام النكاح وأثر من آثاره التي تترتب عليه، فلا يحتاج إلى ذكره في العقد، جاء في شرح فتح القدير:« المهر واجب شرعا إبانة لشرف المحل فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح».[2]

واستدلوا على وجوبه شرعا بقوله ﷻ:﴿.. **وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم ....** ﴾[3]

فقيّد الإحلال به.وأما اعتباره حكما فلقوله ﷻ: ﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾[4].

1- زكي الدين شعبان: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص256.
2- شرح فتح القدير ، ج2 ، ص 434.
3- سورة النساء: آية 24.
4- سورة البقرة: آية 236.

فإن رفع الجناح – الإثم – عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس متقدّما وهو الحكم.

وأما أنه إبانة لشرفه فلعقله ذلك إذا لم يشرع بدلا كالثمن والأجرة و إلا لوجب تقديم تسميته، فعلمنا أن البدل النفقة وهذا لإظهار خطره فلا يستهان به ،وإذن فقد تأكد شرعا بإظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بإلزام المهر فتحصل أن المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه، كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك فيثبت مهر المثل عند عدم تسمية مهر لها [1] .

وذهب المالكية إلى أنه ركن في النكاح ولا يجوز اشتراط إسقاطه.

جاء في حاشية الدسوقي :« ومعنى كونه ركنا أنه لا يصح اشتراط إسقاطه لأنه يشترط تسميته عند العقد». [2]

وذهب الشافعية إلى استحباب تسميته في العقد وجواز إخلائه منه.

قال النووي:« يسنّ تسميته في العقد ويجوز إخلاؤه فيه إجماعا».[3]

« ويستحب تسمية المهر فإن لم يسم صح العقد».[4]

وذهب الحنابلة إلى استحباب تسمية الصداق.

قال ابن قدامة :« ويستحب أن لا يعرى النكاح عن تسمية الصداق»[5].

1- ابن الهمام: مصدر سابق، ج2 ، ص434.
2- الدسوقي: مصدر سابق، ج2، ص294.
3- القليوبي: **حاشية شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي على شرح جلال الدين بن محمد المحلى**، دار الفكر، بيروت، (د ط ت)، ج3، ص 275.
4- الباجوري : **حاشية الباجوري**، المطبعة الأزهرية، مصر، الطبعة الثالثة، سنة (1412 هـ ، 1992م)،ج2 ، ص123.
5- ابن قدامة: مصدر سابق، ج8، ص3.

وقال:« إن الرسول -ﷺ- كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج فلم يكن يخلو ذلك من صداق». وذهب ابن قدامة إلى أن ذكره ليس شرطا.

واستدل بقوله ﷻ:﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ ﴾

المطلب الثالث: تعويض ضرر الفرقة بالمهر

الفرع الأول: تعويض المطلقة قبل الخلوة

قد يكون المهر سمي للمطلقة قبل الخلوة حين إبرام العقد، أو فرض لها بعد العقد هذا ما جعل العلماء يفرّقون بين حكم مقدار المهر الذي تعوض به في كل حالة.

أولا: حكم المهر المسمى عند إبرام العقد

اتفق العلماء على أن المرأة المطلقة قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة تستحق نصف المهر إذا كان المهر مسمّى[1] جاء في لسان الحكام: « وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى»[2] .

وقال الدردير في الشرح الصغير:« يتشطر الصداق في نكاح التسمية أو التفويض إذا فرض صداق المثل أو ما رضيت به قبل الدخول»[3] وجاء في روضة

1- مراتب الإجماع، ص70. ابن رشد الحفيد: مصدر سابق، ج2، ص18. تفسير ابن كثير، ج1، ص289.

2- إبراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي: **لسان الحكام**، مطبعة البابي الحلبي القاهرة، الطبعة الثانية، سنة(1393هـ-1973م)، ج9 ،ص3.

3- الدردير:**الشرح الصغير**، ج2 ، ص186.

الطالبين :« وأما موضعه فيشطر الصداق قبل الدخول بالطلاق والخلع» [1] .

وجاء في المبدع: «إذا طلق قبل الدخول فلها نصف الصداق» [2]

وقد استدل العلماء على تنصيف المهر المسمى للمطلقة قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة بقوله –جل وعلا– :﴿ **وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ....** ﴾[3].

قال أبو زهرة – رحمه الله – مبينا الحكمة من فرض نصف المهر للزوجة : «ثم إن وجوب النصف فيه معنى التسريح بإحسان الذي أمر به الله سبحانه فقد قال تعالى ﴿ **...فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا** ﴾[4] لأن الفرقة قبل الدخول تجرح نفس المرأة فأوجب الله سبحانه وتعالى نصف المهر ثم حثّ الرجل على إعطاء النصف الآخر استحبابا إذا لم يكن الطلاق بطلبها»[5].

ولذا قال ﷻ: ﴿ **...وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلۡفَضۡلَ بَيۡنَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٌ ٢٣٧** ﴾ [6]

1-النووي: **روضة الطالبين**، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، سنة (1405هـ، 1985م)ج7 ص289.
2- ابن مفلح: مصدر سابق، ج7، ص147.
3 - سورة البقرة: الآية 237.
4-سورة الأحزاب: الآية 49.
5- أبو زهرة: مرجع سابق، ص194.
6 ـ سورة البقرة الآية237

هذا في حالة ما إذا كان العقد صحيحا. أما إذا كان العقد فاسدا فلا صداق لها. جاء في بدائع الصنائع:« أنه يثبت نصف المهر إذا كان العقد صحيحا ولا شيء للمرأة إذا كان العقد فاسدا».[1]

وجاء في المبدع:« وأما النكاح الفاسد فإذا افترقا قبل الدخول بطلاق أو غيره فلا مهر فيه، لأن المهر يجب بالعقد والعقد فاسد فوجوده كعدمه كالبيع الفاسد».[2]

ثانيا: حكم المهر المسمى بعد العقد

اختلف الفقهاء في حكم المهر المسمى بعد العقد إلى قولين، فمنهم من قال بأن المرأة التي فرض لها المهر بعد العقد إذا طلقت قبل الدخول وقبل الخلوة لها نصف المهر وتعتبر كالتي سمي لها المهر حين العقد، ومنهم من قال بأنه لا مهر لها ولها المتعة.

القول الأول: لها المتعة

جاء في فتح القدير:« وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على هذه التسمية فهي لها، وإن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول فلها المتعة»[3].

وجاء في تحفة الفقهاء:« وإن فرض المهر هو أو القاضي في موضع لا تسمية فيه ثم طلّق قبل الدخول فإنه لا يتنصف المفروض بعد العقد أيضا» [4].

وجاء في المغني:« وعن أحمد أن لها المتعة ويسقط المهر»[5].

1- الكاساني: مصدر سابق، ج2، ص293.
2- ابن مفلح: مصدر سابق، ج7، ص172.
3- ابن الهمام: مصدر سابق، ج2 ،ص442.
4- علاء الدين السمرقندي: **تحفة الفقهاء**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، سنة (1414هـ-1993م)، ج2، ص207.
5- ابن قدامه: مصدر سابق، ج7، ص 47.

واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله ﷻ:﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ... ﴾.[1]

ووجه الدلالة في هذه الآية، أنها واردة في المسمى وقت العقد كما هو واضح لأن التسمية تقترن بالعقد وتكون جزءا منه والعرف يطلق المفروض على ما يكون مسمى وقت العقد لا في ما فرض بعد ذلك بالتراضي.

القول الثاني: لها نصف المهر

جاء في نهاية المحتاج:« كما لها ذلك في المسمى في العقد إذا ما فرض بعده بمنزلة ما سمي فيه» [2].

وجاء في المحلّى:« وبهذا نأخذ لأن قول الله ﷻ:﴿ ... فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ...﴾. عموم لكل صداق في نكاح صحيح فرضه الناكح في العقد أو بعده» [3].

وجاء في المدونة:« أرأيت الرجل إذا تزوج المرأة ولم يسمّ لها صداقا ثم سمى لها بعد ذلك بزمان الصداق وذلك قبل البناء بها فرضيت بما سمي لها أو رضي به الولي فطلقها قبل البناء وبعد ما سمي لها إلا أن التسمية لم تكن في أصل النكاح أيكون لها نصف هذه التسمية؛ أم يكون لها المتعة ولا يكون لها من هذه التسمية شيء لأنها لم تكن في أصل النكاح. قال ابن القاسم: قال مالك: يكون لها نصف هذه التسمية إذا

1- سورة البقرة: الآية 237.
2- الرملي: مصدر سابق، ج6، ص349.
3- ابن حزم: مصدر سابق، ج11، ص88.

رضيت بذلك»[1]. واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله ﷻ: ﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾[2].

ووجه دلالة هذه الآية أنها تنصّ على تنصيف المهر المسمى ولم تفرق بين ما إذا كانت التسمية حين العقد أو بعده، وأن التسمية بعد العقد تلحق بالتسمية وقته وأنها تكون واجبة إن تأكد المهر بدخول أو وفاة.

الترجيح:

يتضح لنا من عرضنا لوجه الدلالة، من الآية التي استدل بها أصحاب الرأي الثاني ،رجحان هذا الرأي لأن المرأة تستحقّ المهر كاملا المتفق عليه بعد العقد إذا حصل دخول أو وفاة، فمن باب أولى استحقاقها لنصف المهر إذا حصل طلاق قبل الخلوة وكلا الرأيين يضمن للمرأة حقها في التعويض بالمهر قبل الدخول وقبل الخلوة. الصحيحة، أما المرأة التي لم يسم لها المهر حين العقد ولا بعده فتعوض بالمتعة كما سنراه لاحقا.

الفرع الثاني: تعويض المطلقة بعد الخلوة

وقبل أن نتعرض في هذا الفرع لأقوال الفقهاء و أدلتهم على ما تستحق المطلقة من المهر بعد الخلوة بها ينبغي أن نعرف معنى الخلوة الموجبة للمهر.

أولا: تعريف الخلوة

عرفها الكاساني بقوله هي:« أن يجتمع الزوجان بعد عقد الزواج في مكان منفرد يأمنان فيه دخول الغير ولا يوجد بالزوجة مانع حسي أو شرعي أو طبيعي يمنع من

1- مالك بن أنس: **المدونة الكبرى**، ج2، ص224.
2- سورة البقرة: الآية 237.

مقاربة الزوج لها وإلا كانت الخلوة فاسدة »[1].

و قال أبو زهرة شارحا للمانع الوارد في التعريف:

الحسيّ هو:« أن تكون صغيرة أو مريضة أو بها عيب يمنع الدخول».

الشرعي هو:« أن يكون أحدهما صائما أو تكون المرأة حائضا».

الطبيعي:« أن يكون معهما ثالث فإن الطبع يمنع الدخول مع وجوده » [2].

وأرى بأن المانعين الحسيّ و الشرعي لا يفسدان الخلوة؛ لأن من لا دين له لا يمنعه من الاستمتاع بزوجته مانع حسي أو شرعي، وخاصة إذا كانت الخلوة أول لقاء بينهما فتغلب الشهوة صاحبها. أما المانع الطبيعي فيمنع القرب من الزوجة؛ لأن وجود شخص ثالث مع الزوجين يفسد عليهما خلوتهما.

وعرف الصابوني الخلوة:« أن يجتمع الزوجان في مكان يأمنان فيه دخول الغير عليهما»[3].

وهذا التعريف يعتبر تعريفا جامعا مانعا لمعنى خلوة الزوج بزوجته.

ثانيا : حكم المهر بعد الخلوة

اختلف الفقهاء في حكم المهر بعد الخلوة إلى رأيين فمنهم من ألحق الخلوة بالدخول وأوجب لها المهر كاملا، ومنهم من ألحقها بما قبل الخلوة وأوجب لها نصف المهر.

1- الكاساني: مصدر سابق، ج2، ص291.

2- أبو زهرة: مرجع سابق، ص 190.

3- الصابوني عبد الرحمن: **نظام الأسرة وحل مشكلاته في ضوء الإسلام**، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1421هـ ،2001م)، ص93.

الرأي الأول:

ويلحق أصحابه المطلقة بعد الخلوة بالمطلقة قبل الخلوة فيثبت لها نصف الصداق إن كان المهر مسمى ولها المتعة إن لم يسم، وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية والظاهرية[1].

واستدلوا لرأيهم بالقرآن والمعقول.

من القرآن:

قوله ﷻ:﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾[2].

والمراد بالمسيس في هذه الآية هو الوطء لمعنيين.

المعنى الأول: أنه مروي عن ترجمان القرآن ابن عباس –رضي الله عنهما– حيث قال:« المسّ والمسيس والمباشرة هي الجماع ولكن الله كنى عنه»[3] .

المعنى الثاني:« إن المسيس كناية لما يستقبح ذكره والخلوة ليست مستقبحة حتى يكنى عنها» [4].

1- ابن جزي: مصدر سابق، ص 153. الماوردي: الحاوي الكبير، ج12، ص173. ابن حزم: مصدر سابق، ج9، ص482.
2- سورة البقرة: الآية 237.
3- أخرجه البيهقي في سننه كتاب العدد، باب لا عدة على التي لم يدخل بها زوجها،ج7، ص 425.
4- الماوردي: الحاوي الكبير،تحقيق علي محمد معوض دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة (1414هـ - 1994م).

وقوله ﷻ:﴿ ...وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ... ﴾[1]. حيث حملوا مصطلح الإفضاء على معنى الجماع وهو المروى عن ابن عباس، إذ أصل الإفضاء في اللغة المخالطة [2].

من المعقول :

إذا كانت الخلوة لا تلحق بالوطء في سائر الأحكام من حدّ و غسل وإحلال للزوج الأول ونحوها فلا تلحق بالوطء هنا، فلا يكمل المهر.

ويردّ على هذا الاستدلال بما جاء في أحكام القرآن:« لو كان التسليم قائما مقام الوطء فوجب أن يحلها للزوج الأول كما يحلها الوطء قيل له: هذا غلط، لأن التسليم هو علة لاستحقاق كامل المهر وليس بعلة لإحلالها للزوج الأول، ألا ترى أن الزوج لو مات عنها قبل الدخول استحقت كامل المهر، وكان الموت بمنزلة الدخول ولا يحلها ذلك للزوج الأول»[3].

الرأي الثاني:

ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الخلوة المجردة موجبة لكامل المهر ولو اتفقا على عدم الوطء [4] واستندوا في ذلك على أدلة من القرآن والسنة و الإجماع والمعقول.

من القرآن:

1- سورة النساء: الآية 21.
2- القرطبي : مصدر سابق، ج5، ص102.
3- الجصاص: مصدر سابق، ج2، ص150.
4- الكاساني: مصدر سابق، ج2، ص291. ابن قدامة: مصدر سابق ، ج8 ، ص61.

قوله ﷻ: ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝٢٠ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَـٰقًا غَلِيظًا ۝٢١ ﴾.[1]

السنة:

قوله -ﷺ-: [من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل][2].

أيضا ما روي عن أبي زرارة بن أوفى أنه قال: (قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابا وأرخى سترا فقد وجب الصداق و العدة)[3]، وقضاء الخلفاء الراشدين المهديين سنّة يجب إتباعها لقوله -ﷺ-:[عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي عضوا عليها بالنواجذ].[4]

الإجماع:

أجمع الصحابة والخلفاء الراشدون على اعتبار الخلوة موجبة لكامل المهر.[5]

1- سورة النساء: الآية 20-21.
2- أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الصداق، باب من قال من أغلق بابا، مصدر سابق، ج7، ص 256.
3- أورده عبد الرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب وجوب الصداق ج6، ص 288.
4- رواه أبو داود في سننه، كتاب السنة، باب لزوم السنة، مصدر سابق، ص832، ورواه ابن ماجه في سننه، باب إتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين، مصدر سابق، ص20 وصححه الألباني فيهما.
5- الكاساني : مصدر سابق، ج2، ص292 . وابن قدامة: مصدر سابق، ج8، ص62.

المعقول:

إن الزوجة تستحق المهر كاملا بالوطء أو بتسليم نفسها، والخلوة تسليم. قال الجصاص رحمه الله- :« إن المعقود عليه من جهتها لا يخلو إما أن يكون الوطء أو التسليم، فلما اتفق الجميع على جواز نكاح المجبوب مع عدم الوطء دل ذلك على أن صحة العقد غير متعلقة بالوطء إذ لو كان كذلك لوجب أن لا يصح العقد عند عدم الوطء، ألا ترى أنه لما تعلقت صحته بصحة التسليم كان من لا يصح منها التسليم من ذوات المحارم لم يصح عليها العقد وإذا كانت صحة العقد متعلقة بصحة التسليم من جهتها فواجب أن تستحق كمال المهر متعلقة بعد صحة التسليم بحصول ما تعلقت به صحة العقد له وأيضا فإن المستحق من قبلها هو التسليم ووقوع الوطء إنما هو من قبل الزوج فعجزه وامتناعه لا يمنع من صحة استحقاق المهر ، ولذلك قال عمر -رضي الله عنه- في المخلو بها: لها المهر كاملا ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم. وأيضا لو استأجر دارا ،و خلى بينها وبينه استحق الأجر لوجود التسليم كذلك الخلوة في النكاح»[1].

الفرع الثالث: تعويض المطلقة المدخول بها بالمهر.

اتفق الفقهاء على أنَّ الزوجة المدخول بها تعوّض بالمهر كاملا غير منقوص سواء أكان المهر مسمى أم غير مسمى. جاء في بداية المجتهد :« اتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت» [2].

وجاء في بدائع الصنائع :« أما التأكيد بالدخول فمتفق عليه»[3].

وجاء في الجامع لأحكام القرآن: فإن جامعها مرَّة فقد وجب المهر كاملا إن كان مسمى، أو مهرُ مثلها إن لم يُسَمَّ [4]

1- الجصاص : مصدر سابق، ج2 ،ص149.
2- ابن رشد الحفيد: مصدر سابق ، ج2 ، ص22.
3- الكاساني : مصدر سابق، ج2 ، ص291.
4-القرطبي: مصدر سابق، ج5 ، ص91.

واستندوا في ذلك إلى قوله ﷻ:﴿ ..... فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ... ﴾[1] . أي كما تستمتعون بهن آتوهن مهورهن في مقابلة ذلك[2]

وقوله تعالى:﴿ وَكَيۡفَ تَأۡخُذُونَهُۥ وَقَدۡ أَفۡضَىٰ بَعۡضُكُمۡ إِلَىٰ بَعۡضٖ....﴾.[3]. يعني جلّ ثناؤه ﴿ وَكَيۡفَ تَأۡخُذُونَهُۥ ﴾ وعلى أي وجه تأخذون من نسائكم ما آتيتموهن من صدقاتهن إذا أردتم طلاقهن واستبدال غيرهنّ بهنّ أزواجا.﴿ وَقَدۡ أَفۡضَىٰ بَعۡضُكُمۡ إِلَىٰ بَعۡضٖ﴾. فتباشرتم وتلامستم.[4]

وقوله ﷻ: ﴿ وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ...﴾.[5] فبمفهوم المخالفة تدل هذه الآية على أنه إذا تم الدخول وجب المهر كاملا.

الفرع الرابع: تعويض ضرر فرقة الوفاة بالمهر

اتفق الفقهاء على أن وفاة أحد الزوجين، يوجب المهر كاملا، إذا كان مسمّى،

1- سورة النساء: الآية 24.
2- ابن كثير: مصدر سابق، ج2، ص258.
3- سورة النساء: الآية 21.
4- الطبري: مصدر سابق، ج8، ص125.
5- سورة البقرة: الآية 237.

سواء كانت الوفاة قبل الخلوة، أو بعدها، أو بعد الدخول [1]

ولكنهم اختلفوا في المهر الغير مسمى وكانت الوفاة قبل الدخول. فذهب المالكية إلى أنه لا مهر لها ولها الميراث[2]

واستندوا في ذلك لما ورد من أن ابنة عبيد الله بن عمر كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر ، فمات ولم يدخل بها ولم يسم لها صداقا فابتغت أمها صداقها، فقال عبد الله بن عمر: (ليس لها صداق ولو كان لها صداق لم نمسكه ولم نظلمها، فأبت أمها أن تقبل ذلك فجعلوا بينهم زيد بن ثابت فقضى أن لا صداق لها، ولها الميراث)[3].

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن المرأة التي لم يسم لها المهر، لها مهر المثل [4]
واستدلوا بقول عبد الله بن مسعود -ﷺ- حين سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات ، فقال ابن مسعود: (لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط، وعليها العدة ولها الميراث، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله -ﷺ- في بروع بنت واشق امرأة منا مثل الذي قضيت ففرح بها ابن مسعود)[5].

واستدلوا لرأيهم بدليل من المعقول، ينتهي عقد الزواج بموت أحد الزوجين لأنه قد بلغ نهايته فهو عقد محدود بالعمر، وإذا بلغ نهايته تقررت أحكامه، ومنها المهر، فالمهر واجب بالعقد، وصار دينا في ذمة الزوج، والموت لم يعرف مسقطا للديون.

1- الكاساني : مصدر سابق ، ج2 ،– ص294. ابن جزي: القوانين الفقهية ،ص153 . الشيرازي: مصدر سابق، ج2، ص5. أبو البركات : مصدر سابق ،ج2، ص35 . ابن حزم: مصدر سابق ، ج9 ص281.
2- الدسوقي: مصدر سابق، ج2 ، ص475.
3- رواه مالك في الموطأ برواية يحي بن يحي الليثي، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر، ج2، ص 527.
4-الكاساني : مصدر سابق، ج2، ص295. الشيرازي: مصدر سابق، ج2، ص60. ابن قدامه: مصدر سابق،ج8، ص 58. وابن حزم: مصدر سابق، ج9، ص481.
5- أخرجه الترمذي في سننه أبواب النكاح، باب الرجل يتزوج ثم يموت قبل أن يفرض لها،وقال فيه حديث حسن صحيح، مصدر سابق، ص281. ورواه ابن ماجة في سننه كتاب النكاح. باب الرجل يتزوج ولا يفرض، مصدر سابق، ص329. قال الألباني فيهما صحيح.

الترجيح:

يعتبر رأي جمهور الفقهاء هو الرأي الراجح؛ ولأنه أدلتهم أقوى من أدلة المالكية، لأن المالكية استدلوا بقضاء زيد بن ثابت، والجمهور استدلوا بقضاء رسول الله -ﷺ-، فلا يقدّم قضاء صحابي على قضاء الرسول -ﷺ- ، وكيف تحرم المرأة من مهرها إضافة لأحزانها و آلامها وتلزم بالعدة عن زوجها فهذا في رأيي إضرار بها، ويجب أن يكون المهر تعويضا عن المصيبة التي لحقت بها.

الفرع الخامس: موقف قانون الأسرة الجزائري.

إن قانون الأسرة الجزائري قد نصّ على تعويض المرأة المطلقة قبل الخلوة بنصف المهر، وتعويض المطلقة بعد الدخول بكامل المهر، وهذا ما أجمع عليه فقهاء الشريعة. ونصّ على تعويض المتوفى عنها زوجها بكامل المهر، سواء أكانت الوفاة قبل الدخول ، أم بعده، وسواء كان المهر مسمى حين العقد ، أو بعده ، أو لم يكن مسمى ، فلها مهر المثل، وذلك لعموم اللفظ الوارد في المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري ، والتي نصها: " تستحق الزوجة الصداق كاملا، بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول "[1]

والملاحظ على هذه المادة، أنها لم تذكر حالة ما بعد الخلوة، هل تعوض الزوجة، بنصف الصداق ؟ أم بكامله ؟ و الخلوة بالزوجة تلحق بها ضررا بالغا يعرضها للطعن في بكارتها وعذريتها فتصبح أقل حظا في الزواج من الأبكار لعزوف الرجال عنها، و هذا الضرر ينبغي أن يقابله تعويض بكامل المهر، وعليه أقترح تعديلا في المادة 16 السالفة الذكر، بأن تنصّ صراحة على استحقاق الزوجة كامل المهر، بعد الخلوة الصحيحة، وهو رأي جمهور الفقهاء.

1 - مولود ديدان: مرجع سابق، ص7.

المبحث الثاني

تعويض ضرر الطلاق بالمتعة

سنتناول في هذا المبحث تعريف المتعة لغة واصطلاحا، وأدلة مشروعيتها، و حكمها وحكمتها، وتقدير التعويض بالمتعة للمطلقة باعتبار حالها أو حال زوجها والمقدار المالي الأعلى والأدنى المعتبر عند الفقهاء، على أن نقسم المبحث الى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تعريف المتعة.

المطلب الثاني: مشروعية المتعة.

المطلب الثالث: تقدير التعويض بالمتعة.

المطلب الأول: تعريف المتعة.

الفرع الأول: المتعة في اللغة.

المتعة أو المتاع لغة كل ما ينتفع به ويُرغَبُ في اقتناءه ، كالطعام و أثاث البيت و السلعة والمال والمتاع في الأصل كل ما ينتفع به ويتبلغ به ويُتَزودُ والفناء يأتي عليه في الدنيا وهو اسم من مَتَّعْتُهُ بالتثقيل إذا أعطيته ذلك والجمع أمتعة.

والمتعة ما ينتفع به من الصيد والطعام ومتعة الحج أن تضم عمرة إلى حجك ، وزواج المتعة أن تتزوج امرأة فتتمتع بها وقتا ولا تريد إدامتها لنفسك ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق لتنتفع به وتتمتع به نحو مال أو خادم والجمع متع.

وأمتعه الله تعالى بكذا :« أبقاه وأنشأه إلى أن ينتهي شبابه كمتَّعَهُ وعنه استغنى وبماله تمتَع كاستمتع والتعمير التطويل والتمتيع»[1].

الفرع الثاني: المتعة في الاصطلاح.

يقصَدُ بالمتعة:" المال الذي يعطيه الزوج لزوجته المطلقة بدلا عن الصداق، أو زيادة عليه، جبرا لخاطرها، وتعويضا لها عن ألم الفراق"[2].

وقد جاء في مغني المحتاج:« هي مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه» [3].

والمتعة: "المراد بها ما يعطيه الزوج لزوجته بعد حصول الفرقة بينهما من الثياب أو ما يقوم مقامها، وسميت بذلك لأن المطلقة تتمتع بها ويقدمها الزوج تطيبيًا لنفس

1- ابن منظور: مصدر سابق. ج16 ،ص4127 .الفيروز أبادي: مصدر سابق، ج6 ، ص62.
2- الخرشي : مصدر سابق ، ج4 ، ص87 . وهبة الزحيلي: **الفقه الإسلامي و أدلته** ، ج7 ، ص316.
3- الشربيني : مغني المحتاج ، ج3 ،ص241.

الزوجة وتعويضا لها عن إيحاشها بالفرقة التي حصلت بينها وبين زوجها".[1]

المطلب الثاني: مشروعية المتعة.

الفرع الأول: أدلة مشروعيتها.

أولا: من الكتاب.

أما من الكتاب فقد وردت عدة آيات تدل على مشروعية المتعة منها :

قوله ﷻ :﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ ٢٣٦ ﴾[2].

قوله ﷻ:﴿ وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ ٢٤١ ﴾.[3]

وقوله ﷻ:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ٤٩ ﴾.[4]

1- بدران أبو العينين بدران : مرجع سابق، ص 212.
2- سورة البقرة: الآية 236.
3- سورة البقرة : الآية 241.
4- سورة الأحزاب : الآية 49.

وقوله ﷻ:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ﴾[1].

وجه الدلالة:

إن هذه الآيات تضمنت الدلالة على مشروعية المتعة حيث أن فيها أمرا بالمتعة في قوله : ﴿ وَمَتِّعُوهُن ﴾ وقوله:﴿ فَمَتِّعُوهُن ﴾ وأقلّ درجات الأمر ، الدلالة على المشروعية و أيضا قوله: ﴿ وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ ﴾ فإضافة المتعة لهن بلام الملك يدل على ذلك .

ثانيا: من السنة.

ما رواه البخاري في صحيحه: (تزوج النبي -ﷺ- أميمه بنت شرحبيل ، فلما أدخلت عليه بسط يده إليها فكأنها كرهت، فأمر أبا أسيد أن يجهزها و يكسوها ثوبين رازقيين)[2].

وجه الدلالة :

أن رسول الله -ﷺ- متّع زوجته حين طلقها، فدل ذلك على أن المتعة مشروعة عند الطلاق.

الفرع الثاني: حكمة مشروعية المتعة

لما كان طلاق الزوج زوجته مضرّا بها مسيئا لسمعتها في بعض الظروف و كما أنه ليس من الميسور غالبا أن تعيش كنف حياة زوجية جديدة بخلاف الرجل، نرى

1- سورة الأحزاب : الآية 28.
2- صحيح البخاري: مع فتح الباري ، ج9 ، ص356. الرازقية :ثياب من كتان بيض طوال.

أن الشريعة الإسلامية رتّبت على الطلاق أثرا يرمي إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج وهو المتعة.

فمن بواعث الحرص على سمعة الحياة الزوجية وتخفيف متاعب الطلاق إذا وقع ما شرعه الله تبارك وتعالى منح الرجل مطلقته مالا أو ما يقوم بالمال بسبب استقلاله باستعماله حقه في الطلاق.

هذا وقد شرعها الحق -سبحانه وتعالى- جبرا لخاطر المرأة و تطييبا لنفسها وتخفيفا لما يصيبها من ألم وحسرة وأسى نتيجة الطلاق، كما أنَّ فيها نوعا ما من المواساة.

و أيضا فإنَّ في تشريع المتعة تكريمٌ للمرأة وحماية لها من نظرة المجتمع، فإن المرأة إذا طلّقت نظر الناس إليها نظرة اتهام وشكّ وأنها ما طلقت إلا لعيب في سلوكها و أخلاقها أو لريبة في تصرفاتها. فإذا متّعها مطلقها متاعا حسنا زالت هذه الشكوك و الاتهامات من حولها وكانت هذه المتعة بمثابة الشهادة على نزاهتها والاعتراف بأنّ الطلاق إنما وقع من قبل الرجل ولسبب خارج عنها وليس لعلة فيها وقد فهم السلف الصالح هذا المعنى، لذلك كانوا يبذلون في المتعة بذلا سخيّا لا تعرفه أمة في إعزاز المرأة حال الرضا فضلا عن هذه الحالة التي فيها تقاطع وتدابر[1].

يشهد لذلك ما أخرجه الدارقطني قال: (كانت عائشة الخثعمية عند الحسن بن علي بن أبي طالب – رضي الله عنها – فلما أصيب علي وبويع الحسن بالخلافة، قالت: لتهنئك بالخلافة يا أمير المؤمنين .فقال: يقتل علي وتظهرين الشماتة ؟ اذهبي فأنت طالق ثلاثا. قال : فتلفعت نساجها، وقعدت حتى انقضت عدتها، وبعث إليها بعشرة آلاف متعة، وبقية بقيت لها من صداقها، فقالت: متاع قليل من حبيب مفارق. فلما بلغه قولها بكى وقال: لولا أني سمعت جدي أو حدثني أبي أنه سمع جدي

1- علي حسب الله: الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة و نسب، دار الفكر العربي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة(1378هـ- 1968م). ص108 – 109. ابن رشد الجد: المقدمات الممهدات، دار صادر، بيروت، (د ط ت)،ج2، ص250. أحمد غندور: الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، الطبعة الأولى، سنة (1387هـ ، 1967م) .ص79.

يقول):[أيما رجل طلق امرأته ثلاثا مبهمة أو ثلاثا عند الإقراء لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره لراجعتها].[1]

الفرع الثالث: حكمها.

اختلف الفقهاء في حكم المتعة إلى قولين، فمنهم من قال بأنها مستحبة، ومنهم من قال بأنها واجبة، وذلك من خلال فهمهم لمعاني أدلة مشروعيتها.

القول الأول: الاستحباب.

ذهب المالكية والشافعية في القديم، إلى أن حكم المتعة للمطلقة الندب والاستحباب[2] واستدلوا على ذلك بما يلي:

أنَّ الله تعالى لم يقدّرها وإنما وكّلها إلى اجتهاد المقدر.[3]

وردَّ بأن الله تعالى وكلّ التقدير في النفقة إلى الاجتهاد وهي واجبة.[4]

إنَّ الله تعالى قال عن المتعة :﴿.... حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ ﴾[5]. ﴿ ... حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾ ﴾[6]. ولو كانت واجبة لأطلقها عل الخلق أجمعين فتعليقها بالإحسان و بالتقوى ليس بواجب ، وهو معنى خفي دلَّ أنها استحباب يؤكده ما جاء في قوله تعالى في العفو عن الصداق:

1- رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الطلاق، باب ما جاء في إمضاء الطلاق الثلاث، مصدر سابق، ج7، ص 336. قال في مجمع الزوائد: " رواه الطبري وفي رجاله ضعف وقد وثقوا"ج4، ص339.

2- الخرشي: مصدر سابق، ج4، ص84.

3- ابن العربي: مصدر سابق، ج1، ص217.

4- ابن قدامة : مصدر سابق ، ج8 ،ص48.

5- سورة البقرة: الآية 236.

6- سورة البقرة : الآية 241.

﴿.... وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ ....﴾.[1] فإضافته إلى التقوى ليس بواجب[2] ، ورُدَ

بأنه إنما ذكر المتقين والمحسنين تأكيدا لوجوبها وليس تخصيصهم بالذكر عن غيرهم، كما قال ﷻ :﴿ .... هُدًى لِّلۡمُتَّقِينَ ﴾[3]. وهو هدى للناس كافة، كقوله ﷻ: ﴿ شَهۡرُ رَمَضَانَ ٱلَّذِيٓ أُنزِلَ فِيهِ ٱلۡقُرۡءَانُ هُدًى لِّلنَّاسِ ....﴾ [4] ، فلم يكن قوله ﷻ: ﴿.... هُدًى لِّلۡمُتَّقِينَ ﴾ نافيا لأن يكون هدى لغيرهم.كذلك قوله ﷻ:﴿ .. حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ ﴾ و ﴿ .... حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ ﴾ غير ناف أن يكون حقا على غيرهم[5].

قال الجصاص- رحمه الله تعالى- :« وأيضا فإنا نوجبها على المتقين والمحسنين بالآية ونوجبها على غيرهم بقوله ﷻ :﴿ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾[6]. وذلك عام في الجميع بالاتفاق؛ لأن كل من أوجبها من فقهاء الأمصار على المحسنين والمتقين أوجبها على غيرهم ، فإذا جاز تخصيص المحسنين والمتقين بالذكر في المندوب إليه من المتعة وهم وغيرهم سواء ، فكذلك جائز تخصيص المحسنين والمتقين في الإيجاب ويكون هم وغيرهم سواء »[7] .

1- سورة البقرة : الآية 237.
2- ابن العربي : مصدر سابق ، ج1 ،ص217.
3- سورة البقرة : الآية 2
4- سورة البقرة : الآية 185.
5 - الجصاص : مصدر سابق ، ج2 ، ص138.
6 - سورة الأحزاب : الآية 49.
7- الجصاص :مصدر سابق، ج 2، ص 138.

القول الثاني: الوجوب ذهب الحنفية والشافعية في الجديد والحنابلة والظاهرية إلى القول بوجوب المتعة للمطلقة[1].

واستدلوا بالآيات التي فيها الأمر بوجوب تمتيع المرأة بالمعقول.

قال ﷻ: ﴿.... وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ ﴾.[2]

وقولهﷻ:﴿ وَلِلْمُطَلَّقَـٰتِ مَتَـٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾ ﴾[3]،

وقوله أيضا:﴿ ۖ.... فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٤٩﴾ ﴾[4].

قالوا:« ﴿ فَمَتِّعُوهُنَّ ﴾ أمر والأمر للوجوب » .[5]

وقالوا أيضا: قوله ﷻ: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَـٰتِ مَتَـٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾[6]

1 – الكاساني : مصدر سابق، ج2، ص302-303. الشيرازي: مصدر سابق، ج2، ص63. ابن قدامة : مصدر سابق، ج8، ص47. ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص245.
2 - سورة البقرة: الآية 236.
3- سورة البقرة: الآية 241.
4- سورة الأحزاب: الآية 49.
5- ابن قدامة: مصدر سابق، ج8، ص48.
6- سورة البقرة: الآية 241.

جعل المتعة وما كان للإنسان فهو ملكه وله المطالبة به كقولك: هذه الدار لزيد ثم قال ﷻ:﴿ حَقًّا ﴾ وذلك دليل وجوبه، وقال: ﴿عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾، وكلمة ﴿ عَلَى ﴾ تفيد

الوجوب والمراد بالمتقين والمحسنين المؤمنون،والمؤمن هو الذي ينقاد لحكم الشرع[1].

قالوا: إن المهر مستحقّ بالعقد والمتعة هي بعض مهر، فتجب كما يجب نصف المسمى إذا طلق قبل الدخول.[2]

وقالوا أيضا: لو لم تكن المتعة واجبة لم تكن مقدّرة بحال الرجل فلما قال ﷻ: ﴿ ... عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾ ﴾[3].

دل على الوجوب إذا ما ليس بواجب غير معتبر بحال ويطلقها فيخير الرجل فيها، دل على وجوبها[4].

الترجيح:

وبالنظر في الأدلة التي استند إليها الرأيان يتضح لنا بأن رأي الجمهور القائل بوجوب المتعة للمطلقة هو الرأي الأرجح؛ لأننا لو سلّمنا بالقول باستحباب المتعة وتركناها بيد الزوج المطلق، إن شاء متع وإن شاء منع، ضاع حق المطلقة في متعتها وخاصة مع ضعف الوازع الديني في هذا الزمان وقلّة الشهامة والمروءة عند الكثير من الرجال.

---

1 - السرخسي : مصدر سابق، ج6 ، ص61. الجصاص: مصدر سابق، ج2 ، ص138. القرطبي: مصدر سابق، ج2، ص152.
2 - الجصاص : مصدر سابق، ج2، ص139. البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص176.
3 - سورة البقرة: الآية 236.
4 - الجصاص : مصدر سابق، ج2، ص140.

المطلب الثالث: تقدير التعويض بالمتعة

اختلف الفقهاء في الأساس المعتبر الذي تقدّر به المتعة، هل هو حال الزوج ؟ أو حال الزوجة ؟ ، أوحالهما معا ؟، كما اختلفوا في المقدار الذي تقدّر به المتعة، وهذا ما سنتناوله في فرعين:

الفرع الأول: أساس تقدير المتعة

اختلف الفقهاء في الحال التي تقدر بها المتعة إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: اعتبار حال الزوج

و قد استند أصحاب هذا الرأي لقوله ﷻ:﴿....عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ....﴾[1]

فالله –ﷻ– جعل المتعة على قدر حال الرجل في يساره وإعساره.

القول الثاني: اعتبار حال الزوجة

وقد نقل الكاساني بأن أصحاب هذا الرأي استدلوا بأن المتعة بدل بضعها فيعتبر حالها.[2]

القول الثالث: اعتبار حالهما معًا

قال الجصاص:« لو اعتبرنا حال الرجل وحده عاريا من اعتبار حال المرأة لوجب أن يكون لو تزوج امرأتين: إحداهما شريفة والأخرى دنيّة مولاة ثم طلقهما قبل الدخول ولم يسم لهما. أن تكون متساويتين في المتعة فتجب لهذه الدنية كما تجب لهذه

1 - سورة البقرة: الآية 236.
2 - الكاساني : مصدر سابق، ج2 – ص304.

الشريفة، وهذا منكر في عادات الناس و أخلاقهم غير معروف .ويفسد من وجه آخر قول من اعتبر حال الرجل وحده دونها وهو أن لو كان رجلٌ موسرٌ عظيم الشأن فيتزوج امرأة دنية ، مهر مثلها دينار واحد ، ولو طلقها قبل الدخول لزمته على قدر حاله، وقد يكون ذلك أضعاف مهر مثلها، فتستحق قبل الدخول وبعد الطلاق أكثر مما تستحق بعد الدخول، وهذا خُلف من القول؛ لأن الله تعالى قد أوجب للمطلقة قبل الدخول نصف ما أوجبه لها بعد الدخول، فإذا كان القول باعتبار حال الرجل دونها يؤدي إلى مخالفة معنى الكتاب ودلالته وإلى خلاف المعروف في العادات، سقط ووجب اعتبار حاله معها».[1]

الترجيح:

وأرى بأن القول الثالث هو الرأي الراجح وذلك باعتبار حال الزوج في يساره وإعساره ابتداءا ، مع مراعاة حال الزوجة ، إن كانت دنيئة أو شريفة، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: مقدار المتعة

اختلف الفقهاء في مقدار المتعة على عدة أقوال:

أولا: قول الحنفية

يرى الحنفية بأن مقدار المتعة يكون حسب ما تعارف عليه الناس ويشترط أن لا يزيد على نصف مهر مثلها ولا تنقص على خمسة دراهم.[2]

1 - الجصاص: مصدر سابق، ج2، ص143.
2- الكاساني: مصدر سابق، ج2 ، ص304 ، الجصاص : مصدر سابق، ج2 ، ص143.

واستدلوا لتقدير المتعة بالمتعارف عليه بقوله ﷻ:﴿ وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِۖ ....

﴾.[1] فهي بمنزلة تقويم المتلفات و أروش الجنايات التي ليس لها مقادير معلومة في النصوص.[2]

واستدلوا بأن مقدار المتعة لا يزيد على نصف مهر المثل؛ لأن المتعة بدلا عن المهر.

قال السرخسي[3] – رحمه الله –:« المتعة لا تزيد على نصف مهر المثل؛ لأنها خَلَفَهُ ، فإن كانوا سواء فالواجب المتعة؛ لأنها الفريضة بالكتاب العزيز ، و إن كان النصف أقلّ منها فالواجب الأقل إلا إن كان النصف أقلّ منها فالواجب الأقلّ إلا أن ينقص عن خمسة فيكمل لها خمسة» [4].

أما قولهم بأن مقدار المتعة لا ينبغي أن ينقص على خمسة دراهم فإنه لم يعثر على دليل لهذا الرأي.

ثانيا: قول المالكية

جاء في المدونة :« ليس للمتعة حدّ لا في قليل ولا في كثير، ولا أرى أن ينقضي بها وهي من الحق عليه ولا يعدى فيها السلطان، و إنما هو شأن من أطاع به أدَّاه، وإن أبى لم يجبر على ذلك»[5].

---

1 - سورة البقرة: الآية 241.
2 - الجصاص: مصدر سابق، ج2، ص144.
3 - هو شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل، علم من أعلام الحنفية، كان إماما علامة حجة متكلما فقيها أصوليا مناظرا، لزم الشيخ أبا محمد عبد العزيز الحلواني حتى تخرج و صار أنظر لأهل زمانه، له تآليف كثيرة منها: المبسوط الذي أملاه وهو في السجن، تفقه على يديه أبو بكر محمد ابن إبراهيم الحصري و عثمان بن علي بن محمد البكنيدي وغيرهم، توفي سنة 490هـ. ابن أبي الوفاء، الجواهر المضيئة في الطبقات الحنفية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1426هـ ،2005م. ص 314.
4 - السرخسي: مصدر سابق، ج2، ص62.
5 – مالك بن أنس: **المدونة الكبرى**، ج3، ص 334-335.

قال القرطبي :«وهو مقتضى القرآن فإن الله سبحانه لم يقدرها، ولا حدَّها، وإنما قال :﴿ .....عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُه.....﴾[1] »[2].

وبهذا فإن المالكية لا يجيزون التدخل في تقدير المتعة للزوجة على زوجها لا للقاضي ولا لغيره، و إنما المقدّر عندهم هو الزوج وحده؛ لأن المتعة عندهم مستحبة، كما ذكرنا في الفرع السابق.

ثالثا: قول الشافعية

ذهب الشافعية في تقدير المتعة إلى رأيين:

الرأي القديم:

يعطيها شيئا نفيسا تذكرة لها، أو ثلاثين درهما، أو خادما[3]، واستدلوا لهذا بقول ابن عمر –رضي الله عنهما – : (أدنى ما يجزئ في المتعة ثلاثون درهما أو شبهها).[4]

الرأي الجديد:

يقدر المتعة الحاكم[5]. واستدلوا بقوله ﷻ: ﴿.... وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾[6]. ووجه الدلالة في هذه الآية أن الأمر الوارد في﴿ وَمَتِّعُوهُن ﴾ موجه للحاكم.

1- سورة البقرة: الآية 236.
2-القرطبي : مصدر سابق، ج3، ص153.
3 - الشربيني : **مغني المحتاج**، ج3، ص242.
4 - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، كتاب الطلاق : باب وقت المتعة، ج7 ، ص73.
5 - الشربيني: **مغني المحتاج**، ج3، ص242.
6 - سورة البقرة : الآية 236.

رابعا: قول الحنابلة.

رُويَ عنهم ثلاث روايات في مقدار المتعة:

الرواية الأولى:

أعلى مقدار المتعة خادم و أدناها كسوة تجزئها في صلاتها إلا أن يشاء أن يزيدها أو تشاء أن تنقصه .

واستدلوا لذلك بقول ابن عباس –رضي الله عنهما–: **(** أعلى المتعة خادم ودون ذلك النفقة والكسوة**)**.[1]

الرواية الثانية:

يرجع في تقديرها إلى الحاكم، و ذلك لأنّه لم يرد الشرع بتقديرها و هي مما يحتاج إلى الاجتهاد، فوجب الرجوع إلى الحاكم كسائر الاجتهادات.

الرواية الثالثة:

يجب لها نصف مهر المثل؛ لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به[2].

الترجيح بين الأقوال:

مما سبق يظهر لي– والله أعلم– رجحان مذهب القائلين بعدم تقدير حدّ معيّن للمتعة ودائما يترك الأمر فيها للقضاء، يقدرها بما يراه ملائما؛ لأن ذلك مما يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص، ولأن الله تبارك وتعالى شرط في مقدار المتعة شرطين، أحدهما اعتبار حال الزوج، والثاني أن تكون مراعاتها بالمعروف، والمعرف موقوف على عادات الناس، والعادات تختلف وتتغير باختلاف الأماكن، والله أعلم.

---

1 - أورده الألباني في الإرواء وصححه، مصدر سابق، ج6، ص 361.

2- ابن قدامة: مصدر سابق، ج 8، ص 52-53.

الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري

إنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص على تعويض المرأة المطلقة بالمتعة، وحرمها من حقها الشرعي، وإن الله – سبحانه وتعالى – شرع المتعة لتعويض المطلقة عن الأضرار المعنوية التي تلحقها بعد الطلاق، وقد يقول قائل: إن قانون الأسرة قد نص على تعويض الطرف المتضرر من الطلاق بالتعويض في المادة: –55– منه وهذا غلط ، لأنّ مصطلح التعويض عن الطلاق لا يرادفمصطلح المتعة من جهة، ومن جهة أخرى أن التعويض مشروع للزوج كذلك، وأمّا إذا قدّم الزوج المتعة إلى زوجته المطلقة، وهو يعتقد بأنه يؤدّي واجبا دينيا، فإنه يقدّم لها هذا التعويض بطيب نفس ورضا خاطر أما إذا اعتقد بأن المال الذي يقدّمه تعويضا يفرضه عليه القانون، تهرّب منه ما استطاع .

وعليه ينبغي على المشرّع الجزائري أن يضيف في قانون الأسرة مواد خاصة بمتعة المطلقة نقترح منها ما يلي:

- إذا حكم القاضي بطلاق المرأة عليه أن يحكم لها بالمتعة.
- على القاضي أن يراعي في تقدير المتعة حال الزوجين والعرف والزمان والمكان.

المبحث الثالث

التعويض بنفقة العدة

سنتناول في هذا المبحث تعريف العدّة لغة واصطلاحا ،وأدلة مشروعيتها وحكمتها وحكمت نفقة العدّة، واستحقاق المطلقة التعويض بالنفقة في عدّتها، سواء أكانت المطلقة معتدة من طلاقا بائن أو رجعي، حاملا أو حائلا، ولا ننسى المعتدة المتوفى عنها زوجها، وموقف قانون الأسرة الجزائري من التعويض، ونقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تعريف العدّة

المطلب الثاني:مشروعية العدّة وحكمتها

المطلب الثالث: تعويض المعتدة بالنفقة

المطلب الأول : تعريف العدّة

الفرع الأول:تعريف العدّة في اللغة:

أصل العدّة : مأخوذة من العدّ أو هي مصدر كالعدّ يقال عدّ الشيء ،يعده، عدا وتعدادا وعدّه وعدّده.

ومعنى العد الإحصاء ،تقول عددت الشيء إدا أحصيته. ومنه قوله ﷻ: ﴿وَأَحۡصَىٰ كُلَّ شَيۡءٍ عَدَدًۢا ﴾[1] وكلمة "عددا" في الأية لها معنيان فإما أن يكون المعنى وأحصى كل شيء معدودا فيكون نصبه على الحال وإما أن يكون المعنى وأحصى كل شيء عددا أي إحصاء فأقام عددا مقام الإحصاء لأنه بمعناه.

كما يقال: عددت الدراهم عدّا وما عدّ فهو معدود وعدد. وعلى دلك فتأتي العدّة بمعنى العدد أو بمعنى المعدود .

فعدّة المرأة المطلقةأو المتوفي عنها زوجها هي ماتعدّه من أ يام أو أقرائها أو حملها أو أربعة أشهر وعشر ليال وجمع عدة عدد[2].

الفرع الثاني: تعريف العدّة في الإصطلاح :

وردت عدة تعاريف للعدة عند فقهاء المذاهب سندكر منها :

أولا: تعريف الحنفية :

هي " تربص يلزم المرأة :عند زوال النكاح أو شبهته[3]"

1- سورة الجن الآية 28
2-ابن منظور: مصدر سابق، ج 4،ص 272 الفيروز أبادي مصدر سابق ج1، ص 32
3-ابن همام: مصدر سابق ج 4، ص 307

ثانيا : تعريف المالكية :

هي " تربص المرأة زمانا معلوما قدره الشرع علامة على براءة الرحم مع ضرب من التعبد[1] "

ثالثا : تعريف الشافعية :

هي : " إسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها من الجمل أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها[2] "

رابعا: تعريف الحنابلة :

هي " إسم لمدة معلومة تتربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها من الحمل[3]

التعليق : الناضر في التّعاريف السابقة للعدّة يجد أن معانيها متقاربة، وإن إختلفت ألفاظها فهي المدّة التي تتربّص فيها المرأة، بسبب طلاقها أو فسخ نكاحها أو موت زوجها، وأن العلل التي شرّعت من أجلها العدّة، هي التعرف على براءة الرحم أو التّفجع على الزوج أو التعبد، لذلك يكون تعريف العدة مجمع عليه عند الفقهاء.

المطلب الثاني : مشروعية العدّة وحكمتها

الفرع الأول : أدلة مشروعيتها

وردت عدة أدلة من الكتاب والسنة والإجماع، تدل على وجوب عدّة المطلقة و المتوفى عنها زوجها، والمفسوخ نكاحها، نذكر منها مايلي :

1-أبي زيد القيروتني: مصدر سابق ج 2، ص 107.
2-الشربيني مصدر سابق ج 3، ص 384.
3-الباهوتي كشاف القناع، ج 4، ص 411، ابن مفلح، ج 8 ، ص 107.

أولا من الكتاب :

قوله ﷻ :﴿ وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ ﴾[1] .

وجه الدلالة :

- هدا خبر والمراد به الأمر ،والأمر للوجوب مالم يصرفه عن دلك صارف ولم يوجد هنا ما يصرفه[2] .
- هذا أمر من الله سبحانه و تعالى للمطلقات المدخول بهنّ من ذوات الأقراء بأن يتربصن بأنفسهنّ ثلاثة قروء أي تمكث إحداهن بعد طلاق زوجها لها ثلاثة قروء ثم تتزوج إن شاءت [3].

قوله ﷻ :﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَ ﴾[4]

وجه الدلالة:

المعنى إدا أردتم أن تطلقوا النساء وعزمتم على ذلك فطلقوهن مستقبلات لعدتّهن و أحفظوا الوقت الذي وقع فيه الطلاق حتى تتم العدة والأمر هنا يفيد الوجوب.

قوله ﷻ: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ ﴾[5] .

1-سورة البقرة الآية 228.
2- القرطبي الجامع لأحكام القرآن ج3، ص 113.
3- ابن كثير:تفسير القرآن العظيم،ج1 ،ص269.
4 -سورة الطلاق :الآية 1.

وجه الدلالة:

بين الحق تبارك وتعالى العدّة الواجبة على الآيسة التي إنقطع عنها الحيض لكبرها، والعدّة الواجبة على الصغيرة التي لم تحض، وحدّدها بثلاثة أشهر لكل منها

كما بين أن عدّة الحامل تنتهي بوضع الحمل[1].

قوله ﷻ : ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[2]

وجه الدلالة:

أخبرت هذه الآية بوجوب إلزام المرأة المتوفّى عنها زوجها بالعدّة مدّة أربعة أشهر وعشرة أيام.

ثانيا من السنة :

لقد وردت عدة أحاديث تدل على مشروعية العدّة منها :

- عن فاطمة بنت قيس قالت : طلقني زوجي ثلاثا فأردت النقلة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : [إنتقلي إلى بيت إبن عمك عمرو بن أم مكتوم فاعتدّي عنده][3]

5-سورة الطلاق :الآية 4.
1-ابن كثير:تفسير القرآن العظيم ،ج4،ص381.
2- سورة البقرة الآية 234.
3-صحيح مسلم بشرح النووي ج 10 ص 103.
4- رواه البخاري في صحيحه ج 7،ص 76.

وجه الدلالة:

بين الحديث أن العدة واجبة على المطلقة ولا يحل لها تركها أبدا

- قول النبي صلى الله عليه وسلم: [لا تحلّ لإمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا] [1].

ثالثا :الإجماع

أجمعت الأمّة على وجوب العدّة في الجملة وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدّة عليها لقول الله ﷻ:﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ﴾[2] .

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعبة العدّة و نفقتها

أولا: حكمة مشروعية العدّة

شرّعت العدة تحقيقا لعدة مصالح منها :

معرفة براءة رحم المرأة من الحمل وأن لا يطأها زوج أخر غير المفارق لها فيجتمع ماء لواطئين فأكثر من رحم واحد وبذلك يحصل الإشتباه في الأنساب فتضيع .

وفي ذلك من الفساد ماتمنعه الشريعة السمحة والعقل السليم، فمن المعروف أن العدّة من الأمور التي كانت موجودة عند العرب في الجاهلية، فقد كانوا حريصين على معرفة أنسابهم والإعتزاز بها، وجاء الإسلام واقرها ونظمها ودلك لما فيها من مصالح وفوائد .

1-البهوتي: كشاف القناع ج 5، ص 411. ابن أبي زيد القيرواني مصدر سابق ج 2، ص 108.
2-سورة الأحزاب: الآية 49.

ومن ضمن المصالح التي شرّعت لها العدّة : تعظيم وتقديس عقد الزواج و إحترامه ورفع قدره وإظهار شرفه؛ فهو يختلف عن سائر العقود الأخرى، بحيث أنه لا ينتهي بمجرد إنهاء العقد بل تترتب عليه أثار يلتزم بها كل طرف تجاه الآخر . وأيضا من الحكم التي شرعت لها العدّة القيام بحق الله الذي أوجبه علينا والإحتياط بحق الزوج ومصلحة الزوجة وحق الولد والناكح الثاني.

ثانيا: حكمة مشروعية نفقة العدّة

كرّم الحق تبارك وتعالى المرأة أعظم تكريم سواء كانت أما أو أختا أو زوجة, وكفل لها ضمان حقوقها, ومن ضمن تلك الحقوق التي كفلها لها النفقة, فقد أوجبها للزوجة على زوجها، بل لم يكتف بإيجابها على الرجل لزوجته بل أوجبها عليه حتى لمطلقته.

فقد فرض الشارع الحكيم العدّة على المطلقة ومنعها من الزواج في هذه الفترة–فترة العدة–حتى تنقضي ولكنه لم يتركها بدون أن يضمن ويكفل مؤونة طعامها وشرابها وملبسها وسكنها. فأوجب على المطلق الإنفاق عليها؛ لأنه هو الذي بيده عقدة النكاح، وهو المتسبّب في الطلاق, ولأن العدّة من حقه فهي ممنوعة من الزواج حتى تنقضي العدة صيانة لمائه.

وأيضا فقد تكون المطلقة فقيرة ولا عائل لها فإذا ألزمناها بالعدّة ومنعناها من الزواج مع عدم إنفاق الزوج عليها قد يؤدي ذلك إلى هلاكها أو انحرافها لتضمن لقمة عيشها وهذا ما لا يرضاه الإسلام, لذلك ألزم المطلق بالنفقة عليها حتى تنتهي فترة العدّة التي هي حق من حقوقها.[1]

1– أحمد الجرجاوي: **حكمة التشريع وفلسفته**، دار الفكر، بيروت، (د ط ت)، ج2، ص98.

المطلب الثالث: تعويض المعتدة بالنفقة

اتفق العلماء على أن المطلقة قبل الدخول لا تعويض لها بالنفقة؛ لأنها لا عدّة لها لقوله ﷻ: ﴿ يَتَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ .... ﴾[1].

أما المطلقة بعد الدخول فيثبت لها حقّ التعويض بالنفقة بسبب عدّتها بصفة عامة، وقد اتفق العلماء على ثبوت التعويض بالنفقة للمطلقة طلاقا رجعيا و للمطلقة الحامل و لو كان طلاقها بائنا، واختلفوا في المطلقة الحائل طلاقا بائنا.

الفرع الأول: تعويض المعتدة من طلاق رجعي بالنفقة

اتفق العلماء على وجوب التعويض بالنفقة للمطلقة طلاقا رجعيا عن مدّة عدتها، جاء في بدائع الصنائع:« وتجب في العدة من نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب واستحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح؛ لأن النكاح قائم من وجهه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة بل أولى؛ لأن الحبس بعد الفرقة تأكّد بحق الشرع و تأكد بسبب يوجب تأكيد الحكم ».[2]

وجاء في التلقين:« وللرجعية النفقة حاملا أو حائلا حتى تنقضي عدتها».[3]

1- سورة الأحزاب: الآية 49.

2- الكاساني: مصدر سابق، ج6، ص16.

3- القاضي عبد الوهاب: التلقين، ج1، ص348.

وجاء في الأم:« وإن طلقها وكان يملك الرجعة فعليه نفقتها في العدّة، لأنه لا يمنعه أن تصير حلالا له يستمتع بها إلا نفسه إذا أشهد شاهدين أنه راجعها فهي زوجته وإذا لم يفعل فهو منع نفسه من رجعتها» .[1]

جاء في المبدع:« وعليه نفقة المطلقة رجعيا وكسوتها، و مسكنها كالزوجة سواء لقوله ﷻ: ﴿ ... وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ... ﴾[2] ، ولأنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره».[3]

وجاء في المحلى:« ونفقتها عليه في الطلاق الرجعي ما دامت العدة و يلحقها طلاقه».[4]

الفرع الثاني: تعويض المطلقة الحامل بالنفقة

أجمع الفقهاء على أنَّ المطلقة الحامل يجب لها التعويض بالنفقة في عدّتها حتى تضع حملها سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا.

قال القرطبي- رحمه الله - :« وأجمعوا على نفقة المطلقة ثلاثا أو مطلقة للزوج عليها رجعة و هي حامل واجبة لقوله ﷻ:" ﴿... وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ.... ﴾[5] ».[6]

1- الشافعي: الأم، ج5، ص88.
2- سورة البقرة:الآية 228.
3- ابن مفلح: مصدر سابق، ج8 ، ص191.
4-ابن حزم: مصدر سابق، ج7- ص217.
5- سورة الطلاق: الآية 6.
6- القرطبي: مصدر سابق، ج3، ص141.

وجاء في تفسير الطبري – رحمه الله–:« وإن كان نساؤكم المطلقات أولات حمل، وكن بائنات منكم فأنفقوا عليهن في عدتهن منكم حتى يضعن حملهنّ ».[1]

وجاء في تفسير ابن كثير – رحمه الله –:« عند تفسير قوله ﷻ:" ﴿... وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ ﴾ قال كثير من العلماء منهم: ابن عباس، وطائفة من السلف، وجماعة من الخلف: هذه في البائن إن كانت حاملا وأنفق عليها حتى تضع حملها، قالوا: بدليل أن الرجعية تجب نفقتها سواء كانت حاملا أو حائلا» .[2]

وجاء في الرسالة:« و السّكنى لكل مطلقة مدخول بها، ولا نفقة إلا للتي طلقت دون الثلاث، وللحامل كانت مطلقة واحدة أو ثلاثا»[3].

وجاء في الأم:« وكل مطلقة كان زوجها لا يملك رجعتها فلا نفقة لها في عدتها منه إلا أن تكون حاملا فيكون عليه نفقتها ما كانت حاملا».[4]

وقال في مغني المحتاج:« لأنها مشغولة بمائه فهو مستمتع برحمها، فصار كالاستمتاع بها في حال الزوجية وإذا النسل مقصود بالنكاح كما أنَّ الوطء مقصود منه».[5]

وجاء في المبدع:« وأما البائن بفسخ أو طلاق فإن كانت حاملا فلها النفقة و السكنى و إلا فلا شيء لها».[6]

1– الطبري: مصدر سابق، ج23، ص459.
2– ابن كثير: مصدر سابق، ج4، ص384.
3– ابن أبي زيد القيرواني أبو عبد الله محمد: **متن الرسالة**، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، سنة(1407هــ، 1987م)، ص103.
4–الشافعي: الأم، ج5، ص238.
5– الشربيني: مغني المحتاج، ج3 ، ص44.
6– ابن مفلح: مصدر سابق، ج8، ص191 – 192.

الفرع الثالث: تعويض المطلقة البائن غير الحامل بالنفقة

اختلف العلماء في التعويض بالنفقة على عدة المطلقة البائن الغير الحامل إلى أربعة أقوال:

القول الأول:

يرى أصحاب هذا القول بأنّ المطلقة البائن الغير حامل لا حقّ لها في التعويض بالنفقة ولا السكنى[1] ، واستدلوا على قولهم بالقرآن و السنة و المعقول.

من الكتاب:

قوله ﷻ: ﴿... لَا تَدۡرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرًا ﴾[2].

فالأمر الذي يريد الله – ﷻ– إحداثه هو الرجعة لا غير، قال الطبري:« يقول جلّ ثناؤه: لا تدري ما الذي يحدث؟ لعل الله يحدث بعد طلاقكم إياهنّ رجعة و بنحو الذي قلنا في ذلك قال أصحاب الـتأويل » .[3]

وقد ردَّ الجصاص على هذا الفهم بقوله:« إن قيل لما قال ﷻ: ﴿... لَا تَدۡرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرًا ﴾ وقال :﴿ فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ.... ﴾[1].

1- الجصاص: مصدر سابق، ج5، ص355. الشوكاني: مصدر سابق، ج7 ،ص105. محمد عبد الرحمن المباركفوري: تحفة الأحودي، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط ت)،ج4 ، ص236. ابن القيم: زاد المعاد، ج5 ،ص528.
2- سورة الطلاق:الآية 01.
3- الطبري: مصدر سابق، ج23، ص442.

دلَّ على أنه أراد الرجعى، قيل له هذا أحد ما تضمنته الآية و لا دلالة على أنَّ أول الخطاب في الرجعي دون البائن»[2].

من السنة:

روي أنَّ امرأة طلقها زوجها طلاقا بائنًا فأتت النبي - ﷺ - فقال لها:[لا نفقة لك ولا سُكْنَى][3]

ويرد على هذا الاستدلال: قيل في صحّة هذا الحديث كلاما[4]. كما اعترض على هذا الدليل بأنه مخالف للقرآن الكريم فقد روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- قوله: (لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا، لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت، لها السكنى و النفقة)[5] ، قال الله -عز وجل-: ﴿... لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ...﴾[6].

من المعقول:

قالوا: إن النفقة إنما تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع، وهذه لا يمكن استمتاعه بها بعد بينونتها[7]. ويدلّ ذلك أن الناشز لا نفقة لها فكذا البائن.

1- سورة الطلاق:الآية 2.
2- الجصاص: مصدر سابق، ج5، ص355.
3- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ج10، ص 95.
4 - السرخسي: مصدر سابق، ج5، ص201.
5 - أخرجه مسلم في كتاب الطلاق باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها،مصدر سابق، ج10، ص 95.
6 - سورة الطلاق: الآية 1.
7 - ابن القيم: زاد المعاد، ج5، ص528.

وقالوا أيضا:« إن السكنى تابعة للنفقة و جارية مجراها فلما لم تجب للمبتوتة نفقة لم تجب لها سكنى».[1]

و يرَدُ على هذا الاستدلال بأنّ النفقة لا يتعلق و جوبها بالاستمتاع و إنما بقيام العلاقة الزوجية، و المطلقة طلاقا بائنا مازالت علاقتها بزوجها حتى تنقضي عدتها. فلذلك وجب رعايتها بالنفقة و السكنى. أما المطلقة بعد الدخول فيثبت لها حق التعويض بالنفقة بسبب عدتها.

القول الثاني:

يرى أصحاب هذا القول بأن المطلقة البائن الغير حامل لها الحقّ في التعويض بالنفقة ولا سكنى لها.[2]

واستدلوا على قولهم بوجوب النفقة بقوله ﷻ:﴿ ... **وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ** ...﴾[3] فالآية عامة تشمل جميع المطلقات ولم تستثن المطلقة البائن الغير حامل ومنعها النفقة في عدتها إضرار بها وهي محبوسة على ذمة زوجها لقوله ﷻ:﴿... **وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ**.... ﴾[4]

واستدلوا لعدم وجوب السكنى بقوله ﷻ:﴿ **أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم** ....﴾[5] فإنه أوجب السكنى حيث الزواج و ذلك لا يكون في البائنة.[1]

---

1 – القرطبي : مصدر سابق، ج18، ص127.
2 – ابن مفلح: مصدر سابق، ج8، ص192. الشوكاني: مصدر سابق، ج23 ، ص459.
3 – سورة البقرة: الآية 241.
4 – سورة الطلاق: الآية 6.
5 – سورة الطلاق: الآية 6.

القول الثالث:

يرى أصحاب هذا القول بأن المطلقة البائن الغير الحامل لها السكنى دون

التعويض بالنفقة[2] ، واستدلوا بقوله ﷻ: ﴿ **أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ ...**﴾[3]

إنَّ الله تعالى لما ذكر السكنى أطلقها لكل مطلقة، فلما ذكر النفقة قيّدها بالحمل فدل على أنَّ المطلقة البائن لا نفقة لها[4].

واستدلوا بقولهﷻ:﴿ **وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ** ﴾[5] فإن المطلقة الرجعية ينفق عليها حاملا كانت أو غير حامل، فلما خصّها بذكر النفقة حاملا دلَّ على أنها التي لا ينفق عليها[6].

القول الرابع:

يرى أصحاب هذا القول بأن المطلقة البائن الغير حامل لها التعويض بالنفقة ولها السكنى[7]. واستدلوا بقوله ﷻ: ﴿ **...فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ....** ﴾[1] قد تضمّن

---

1 –الشوكاني: مصدر سابق ،ج7 ، ص107.
2 –ابن مفلح: مصدر سابق، ج8، ص192. الطبري: مصدر سابق، ج28، ص95.
3 – سورة الطلاق: الآية 6.
4 – ابن العربي: مصدر سابق، ج4، ص1839 – 1840.
5– سورة الطلاق: الآية 6.
6– ابن العربي: مصدر سابق، ج4، ص1839 – 1840. الشافعي: أحكام القرآن، ج1، ص262، الطبري: مصدر سابق، ج23، ص459.
7– الجصاص: مصدر سابق، ج5، ص335، السرخسي: مصدر سابق، ج5، ص201، ابن مفلح: مصدر سابق، ج8، ص192.

الرجعية و المبتوتة، والدليل على ذلك أنَّ من بقي من طلاقها واحدة فعليه أن يطلقها للعدّة إذا أراد طلاقها بالآية، فإذا كان قوله﴿ ...فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ....﴾[1] قد تضمن البائن ثم قال :﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ .... ﴾[2] وجب ذلك للجميع من البائن و الرجعي[3].

وقال الجصاص أيضا: « إنَّ السكنى لما كانت حقا في مال، وقد أوجبها الله لها بنص الكتاب إذا كانت الآية قد تناولت المبتوتة والرجعية، فقد اقتضى ذلك وجوب النفقة إذا كانت السكنى حقا في مال وهي بعض النفقة ».[4]

كما استدلوا بقوله ﷻ :﴿ ... وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ ﴾[5] .

قال الجصاص– رحمه الله– :« والمضارّة تقع في النفقة كما هي في السكنى » [6].

أما من السنة فقد استدلوا بقول عمر بن الخطاب –رضي الله عنه–: (لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا أدري لعلها حفظت أو نسيت، لها السكنى والنفقة).[7]

وعن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه– قال: سمعت رسول الله – ﷺ – يقول:[لها السكنى والنفقة]. [8]

الترجيح:

1- سورة الطلاق: الآية1 .
2- سورة الطلاق: الآية 6.
3- الجصاص: مصدر سابق، ج5 ،ص355.
4- المصدر نفسه.
5- سورة الطلاق: الآية 6.
6- الجصاص: مصدر سابق، ج،ص.
7- سبق تخريجه ص 194
8- سبق تخريجه. ص 194

وبهذا يكون القول الرابع هو القول الراجح، فإن النفقة و السكنى تجب للمطلقة البائن الغير حامل بسبب عدتها و حبسها على زوجها وإن انعدمت النفقة والسكنى وألزمت المرأة بالعدة، فهذا إضرار و ضِرَارٌ بها و الضرر يجب أن يزال والله اعلم.

الفرع الرابع: موقف قانون الأسرة الجزائري.

لقد نصَّ قانون الأسرة الجزائري على حق تعويض المطلقة بالنفقة في عدتها وذلك في المادة 61 منه والتي نصّها: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبيّنة و لها الحقّ في النفقة في عدة الطلاق"[1].

وبهذا يكون قانون الأسرة الجزائري قد أعطى الحق في التعويض بالنفقة في العدة لكل مطلقة ولم يفرق بين المطلقة طلاق رجعيا أو طلاقا بائنا، سواء كانت حاملا أو غير حامل. وبهذا يكون قانون الأسرة الجزائري قد أنصف جميع المطلقات بحق التعويض في النفقة، حتى المطلقة البائن الغير حامل أوجب لها السكنى و النفقة في عدتها وهو رأي الحنفية.

1 – مولود ديدان: مصدر سابق، ص15.

المبحث الرابع

التعويض عن الرضاع

وسنتناول في هذا المبحث تعريف الرضاع في اللغة والاصطلاح، وحكم إجبار المطلقة رجعيا، والمطلقة طلاقا بائنا على الرضاع، وتعويضها بأجرة الرضاع، وموقف قانون الأسرة الجزائري من التعويض ونقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تعريف الرضاع

المطلب الثاني:إجبار المطلقة على الرضاع

المطلب الثالث:تعويض المطلقة بأجرة الرضاع

المطلب الأول: مفهوم الرضاع.

الفرع الأول: تعريف الرضاع في اللغة

رضع أمه كسمع، وضرب رضعا ويحرك ورضاعا ورضاعة ويكسران ورضعا فهو راضع ورضع: امتص ثديها والرضوعة الشاة ترضع والراضعتان ثنيتا الصبي، جمع: رواضع، ورضع ككرم ومنع رضاعة فهو راضع ورضيع ورضاع كشداد من رضع كركع، والراضع اللئيم الذي رضع اللؤم من ثدي أمه، والراعي لا يمسك معه محلبا فإذا سئل اللبن اعتل بذلك ومن يأكل الخلالة من بين أسنانه لئلا يفوته شيء ومن يرضع الناس أي يسألهم وقولهم لئيم راضع: أصله أن رجلا كان يرضع إبله لئلا يسمع صوت حلبه فيطلب منه، والرضاعة كسحابة: والرضع بالكسر شجر ترعاه الإبل ورضعك: أخوك من الرضاعة، ولرضع محركة صغار النحل، وأرضعت المرأة فهي مرضع: لها ولد ترضعه فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة وراضع ابنه دفعه إلى الظئر, وارتضعت العنز:

شربت لبن نفسها واسترضع طلب مرضعته والمراضعة أن يرضع الطفل أمه وفي بطنها ولد وأن يرضع معه أخر.[1]

الفرع الثاني: تعريف الرضاع في الاصطلاح.

وردت عدة تعاريف للرضاع عند فقهاء المذاهب سنذكر بعضا منها:

أولا: تعريف الحنفية

1 – الفيروز أبادي: مصدر سابق، ج 3، ص 28. ابن منظور: مصدر سابق، ج3، ص 1660.

عرف الحنفية الرضاع بأنه "مصّ الرضيع اللبن من ثدي آدمية في وقت مخصوص".[1]

ويعترض على هذا التعريف أنه قد يوجد المصّ من دون أن يصل اللبن إلى الجوف وقد يوجد الرضاع بدون مصّ كأن يصبّ اللبن في حلق الرضيع أو في أنفه.

ثانيا: تعريف المالكية

جاء في مواهب الجليل: « قال: ابن عرفة وصول لبن آدمية لمحلّ مظنّة غذاء آخر».[2]

ويعترض على هذا التعريف بأنه لم يحدّد المدّة المخصوصة للرضاع فيدخل فيه رضاع الطفل بعد الفطام وبعد الحولين فيشمل رضاع الكبير.

ثالثا: تعريف الشافعية

الرضاع هو "حصول لبن امرأة أو ما حصل منه في جوف طفل"[3]، ويعترض على هذا التعريف أنه ذكر كلمة الطفل وهي تشمل الرضيع والفطيم، بل تشمل الصبي المميز والصبي الغير مميز؛ لأن مرحلة الطفولة مرحلة طويلة، كما أن التعريف لم يذكر المدة المخصوصة للرضاع، وبذلك يدخل فيه رضاع الكبير؛ لهذا يعدّ التعريف تعريفا غير مانع.

رابعا: تعريف الحنابلة

1 – ابن الهمام: مصدر سابق، ج3، ص438.
2 – الحطاب: مصدر سابق ، ج 4، ص 178.
3 – شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي الشافعي: تحفة المحتاج شرح المنهاج، مطبوع بهامش حواشي الشرواني وابن القاسم، دار الفكر، بيروت، (د ط ت)، ج 3، ص 284.

"مص من دون الحولين لبنا ناب عن حمل أو شربه أو نحوه"،[1] ويعترض على هذا التعريف أنه لم يذكر من يقع عليه فعل المصّ وهي المرأة، ولكنه يعتبر في نظري أرجح التعاريف لأنه حدّد الرضيع ومدّة رضاعته وأوصاف المرضعة بدقة في ألفاظه.

المطلب الثاني: إجبار المطلقة على الإرضاع

إن المطلقة المرضع قد يكون طلاقها رجعيا وقد يكون بائنا. لذلك فرّق الفقهاء في الحكم عليها بالإجبار على الرضاع.

الفرع الأول: إجبار المطلقة طلاقا رجعيا على الرضاع

اختلف العلماء في إجبار المعتدة من طلاق رجعي على الرضاع على ثلاثة أقوال ويعود سبب اختلافهم إلى آية الرضاع، قال ابن رشد: «وسبب الخلاف هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع؟ أعني إيجابه أو متضمنة أمره فقط؟ ، فمن قال: أمره، قال: لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب، ومن قال: تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه، وأنها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر، قال: يجب عليها الإرضاع. وأما من فرّق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة».[2]

القول الأول:

ويرى أصحابه بأن المطلقة طلاقا رجعيا تجبر على إرضاع ولدها؛ لأنها مازالت في حبال الزوجية مادامت في عدتها، جاء في المغني:« له إجبارها على رضاعها وهو رواية عن مالك».[3]

---

1 – البهوتي: الروض المربع شرح زاد المستقنع في اختصار المقنع، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، (د ط ت)، ج1, ص 399.
2 – ابن رشد الحفيد: مصدر سابق, ج 2, ص 56– 57.
3 – ابن قدامه: مصدر سابق، ج 9، ص 313.

وجاء في المحلىّ:« والواجب على كلّ والدة حرة كانت أو أمة في عصمة زوج أو ملك سيّد أو كانت خلوا منهما بالذي تولد من مائه أو لم يلحق أن ترضع ولدها أحبت أم كرهت، ولو أنها بنت الخليفة، وتجبر على ذلك» [1]

واستدلوا لرأيهم بقوله ﷻ: ﴿ **وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ** ..... ﴾[2]

وجه الاستدلال:

فلفظ الآية لفظ خبر معناه الأمر[3] كقوله تعالى: ﴿ **وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ**.....﴾[4]

قال ابن حزم:« وهذا عموم لا يحلّ لأحد أن يختص منه شيئا إلا ما خصَه نصّ ثابت وإلا فهو كذب على الله تعالى، فإن قيل: هذا خبر لا أمر قلنا: هذا أشد عليكم إذ أخبر ــ ﷻ ــ بذلك فمخالف خبره ساع في تكذيبه»[5].

القول الثاني:

إذا كانت المرأة ممن لم تجر عادة مثلها على إرضاع ولدها فإنها لا تجبر على إرضاعه، وإن كانت تجري عادة مثلها على أن ترضعه، فإنها تجبر على إرضاعه، وهذا هو مشهور قول مالك.[1]

---

1 – ابن حزم: مصدر سابق، ج 10، ص 335.
2 – سورة البقرة: الآية 233.
3 – الجوزي: مصدر سابق، ج1، ص 270. القرطبي: مصدر سابق، ج 3، ص 123.
4 – سورة البقرة: الآية 228.
5 – ابن حزم : مصدر سابق، ج10، ص335.

جاء في أحكام القرآن لابن العربي:« نقل علماؤنا رضاع الولد على الزوجة مادامت الزوجية إلا لشرفها أو مرضها فعلى الأب حينئذ رضاعه في ماله».[2]

واستدل أصحاب هذا القول بالعرف الذي كان سائدا في الجاهلية ثم أقره الإسلام. وهو أن الشّريفة لا ترضع ولدها، قال ابن العربي:« لكن العرف يقضي بأنه عليها إلا أن تكون شريفة، وما جرى به العرف فهو كالشرط حسبما تقرر في أصول الفقه من أن العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضي به في الأحكام. والعادة إذا كانت شريفة ألا ترضع فلا يلزمها ذلك».[3]

القول الثالث:

ذهب الحنفية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] والظاهرية[7] إلى أن المعتدة من طلاق رجعي لا تجبر على إرضاع طفلها فهي مخيّرة إن شاءت أرضعت وإن شاءت امتنعت فإن امتنعت لم تجبر على ذلك. كما أنه ليس لوالد الطفل الحقّ في منعها من الإرضاع، واستدل أصحاب هذا القول بعدة آيات من كتاب الله العزيز الحكيم وبأدلة من المعقول.

أولا: الأدلة من الكتاب

قوله ﷻ: ﴿... فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأۡتَمِرُواْ بَيۡنَكُم بِمَعۡرُوفٖۖ وَإِن تَعَاسَرۡتُمۡ فَسَتُرۡضِعُ لَهُۥٓ أُخۡرَىٰ ۝٦ ﴾[8].

1 – ابن رشد الحفيد: مصدر سابق، ج 2، ص 57.
2 – ابن العربي: مصدر سابق، ج 4، ص 1840.
3 – ابن العربي: مصدر سابق، ج 4، ص 1841.
4 – الكاساني: مصدر سابق، ج 4 ،ص 40.
5 – الشيرازي: مصدر سابق، ج2، ص 168.
6 – ابن قدامة: مصدر سابق، ج9، ص 199.
7 – ابن حزم: مصدر سابق، ج 10، ص 335.
8 - سورة الطلاق: الآية 6.

إن الآية أثبتت للأم حق الإرضاع إذا رغبت في ذلك فإن أبت استقلالا للأجر لم تجبر مادام الطفل يقبل ثدي غيرها إن كان في مقدور والده استئجار مرضعة له.

قوله ﷻ: ﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ ... ﴾[1].

الأمر بالإرضاع في الآية ينصرف إلى الآباء؛ لأن عليهم الاسترضاع لا على الوالدات، بدليل قوله ﷻ:﴿ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ.﴾[2]

المراد بالآية إثبات حقّ الرضاع للأم، وإن أبى الزوج[3] بدليل قوله ﷻ:ۚ ﴿.... وَإِن تَعَاسَرۡتُمۡ فَسَتُرۡضِعُ لَهُۥٓ أُخۡرَىٰ ۝٦ ﴾ [4] كما أن الامتناع والاختلاف نوع من التعاسر.[5]

جاءت الآية للدلالة على مبلغ غاية الرضاع الذي متى اختلف الوالدان في رضاع المولود بعدما جعل حدا يفصل بينهما لا دلالة على أن فرضا على الوالدات إرضاع أولادهن.[6]

قوله ﷻ:﴿... لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا ...﴾[7]

1 – سورة البقرة: الآية 233.
2 – سورة البقرة: الآية 233.
3 – الطبري: مصدر سابق، ج2، ص 301. الجصَاص: مصدر سابق، ج2، ص 104.
4 – سورة الطلاق: الآية 6.
5 –ابن قدامه: مصدر سابق، ج 9، ص 199. البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص 573
6 – الطبري: مصدر سابق، ج 2، ص 302. الجصاص: مصدر سابق ،ج 2، ص 104 .
7 – سورة البقرة: الآية 233.

جاء في بدائع الصنائع:« قيل في بعض وجوه التأويل أي لا تضارّ بإلزام الإرضاع مع كراهتها»[1].

ثانيا: الأدلة من المعقول

إن كفاية الولد ونفقته على أبيه وأجرة الرضاع كالنفقة؛ لأنها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه.[2]

إن الأم لا تجبر على نفقة الولد مع وجود الأب فكذلك الرضاع.[3]

إن الإجبار على الرضاع إما أن يكون لحقّ الولد أو لحقّ الزوج أو لحقّهما معا، ولا يجوز أن يكون لحقّ الزوج فإنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به، ولا يجوز أن يكون لحقّ الولد؛ لأنه لو كان له للزمها بعد الفرقة ولم يقل بذلك أحد، ولا يجوز أن يكون لهما؛ لأنه لو كان لهما لثبت الحكم بعد الفرقة [4]وقد استثنوا من ذلك حالات تجبر فيها المعتدة من طلاق رجعي وهي:

- أن لا يقبل الولد ثديا غير ثدي أمه.
- أن لا توجد من ترضعه بأجر أو بلا أجر.
- ألا يكون للولد مال والأب معسر.

ففي هذه الحالات الثلاث تجبر الأم على الرضاع مادام ذلك في قدرتها صيانة للولد من الهلاك فهي حالات ضرورة وحفظ لحياة الولد.[5]

الفرع الثاني: إجبار المطلقة البائن على الرضاع

---

1 – الكاساني: مصدر سابق ،ج4، ص 40.
2 –الكاساني: مصدر سابق، ج4، ص 40.
3 – ابن عبد البر:**الكافي في فقه أهل المدينة**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة (1407هـ، 1987م)ج3، ص 379.
4 – ابن قدامة: مصدر سابق ،ج 9 ،ص 312 .
5 – ابن عابدين: مصدر سابق، ج3، ص 618. الشربيني: مغني المحتاج، ج3، ص 141.ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص 335.

اتفق فقهاء المذاهب على أن الأم إذا كانت خارج حبال الزوجية، أي مطلقة طلاقا بائنا لا تجبر على إرضاع ولدها فلها الحقّ في إرضاعه أو عدم إرضاعه، وقد استدلوا بنفس الأدلة السابقة التي استدل بها القائلون بعدم إجبار المطلقة طلاقا رجعيا على الإرضاع [1] كما استثنوا نفس الحالات الثلاث السابقة التي تجبر فيها المطلقة طلاقا بائنا على الإرضاع قال ابن رشد: «و أما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ثدي غيرها فعليها الإرضاع وعلى الزوج أجرة الرضاع، هذا إجماع لقوله ﷻ: ﴿....فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ ».[2]

جاء في تفسير ابن كثير:« أي إذا وضعن حملهن وهن طوالق وقد بن بانقضاء عدتهن فلها حينئذ أن ترضع الولد ولها أن تمتنع منه».[3]

المطلب الثالث: تعويض المطلقة بأجرة الرضاع

إما أن تكون المطلقة المرضع مطلقة طلاقا رجعيا أو طلاقا بائنا، و لهذا سنعرض آراء الفقهاء حول كل نوع من الطلاق في فرعين، ثم نعرض موقف قانون الأسرة الجزائري في فرع ثالث.

الفرع الأول: تعويض المطلقة طلاقا رجعيا

المطلقة طلاقا رجعيا للفقهاء في تعويضها بأجرة الرضاع إذا أرضعت ولدها عدة آراء.

---

1 – المرغيناني: مصدر سابق، ج2، ص 45. ابن عابدين: مصدر سابق، ج3، ص 618. الدسوقي: مصدر سابق، ج2، ص 525. مالك بن أنس: المدونة الكبرى ،ج2، ص294 .الشربيني: مغني المحتاج، ج3، ص 449. الشيرازي: مصدر سابق، ج2، ص 168. أبو البركات: مصدر سابق، ج2، ص 119. ابن قدامة: مصدر سابق،ج9، ص 312. ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص 335.

2 – ابن رشد الحفيد: مصدر سابق، ج2، ص 56.

3 – ابن كثير: مصدر سابق، ج4، ص 384.

أولا: رأي الحنفية والظاهرية وابن تيمية

يرى الحنفية [1] والظاهرية[2] وابن تيمية[3] أن ليس للأم أجرة تعوض بها على رضاعها لولدها إذا كانت زوجة أو معتدة من طلاق رجعي.

جاء في بدائع الصنائع:« لأنها قد استحقت نفقة النكاح وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين، ولأنّ أجر الرضاع يجب لحفظ الصبيّ وغسله، وهو من نظافة البيت ومنفعة البيت تحصل للزوجين فلا يجوز لها أن تأخذ عوضا عن منفعة تحصل لها».[4]

وذكر صاحب الهداية تعليل عدم استحقاق المطلقة طلاقا رجعيا تعويضا بأجرة الرضاع فقال:« إنّ الإرضاع مستحقّ عليها ديانة لقوله ﷻ: ﴿ **وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ** ﴾[5]، فهو أمر بصيغة الخبر فإذا امتنعت عن الإرضاع حملنا ذلك على عجزها فجعلناه عذرا لها، فإذا ما أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها عليه، فكان الفعل واجبا عليها ولا يجوز أخذ الأجر على الواجب».[6]

---

1 – الكاساني: مصدر سابق ،ج 4 ،ص 41.
2 – ابن حزم: مصدر سابق ، ج10 ،ص 336.
3 – ابن تيمية: الاختيارات الفقهية، ص 170.
4 – الكاساني: مصدر سابق، ج 4، ص 41.
5 – سورة البقرة: الآية 233.
6 – المرغيناني:مصدر سابق، ج2، ص 45.

و قد استدل ابن تيمية على عدم استحقاق المعتدّة من طلاق رجعي تعويضا بأجرة الرضاع بقوله ﷻ: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ .... ﴾[1]

وجه الدلالة:

إنّ الحقّ تبارك وتعالى لم يوجب لهنّ إلا الكسوة والنّفقة بالمعروف فهي الواجبة وليس هناك أي زيادة خاصة بالمرضع.[2]

ثانيا: رأي المالكية

بنى المالكية رأيهم في استحقاق المطلقة رجعيا تعويضا بأجرة الرضاع على الإجبار على الإرضاع، فإذا كانت المرأة ممن يرضع مثلها – أي ممن تجبر على الإرضاع– فإنها لا تستحقّ الأجر على الإرضاع أما إذا كانت ممن لا يرضع مثلها– أي ممن لا تجبر على الإرضاع– كأن تكون عالية القدر لعلم، أو صلاح، أو جاه، أو كانت من أشراف الناس الذين شأنهم عدم إرضاع نسائهم أولادهنّ، فإنه لا يلزمها إرضاع، فإن أرضعت استحقت الأجر على ذلك.[3]

قال القرطبي:« والأصل أن كل أمّ يلزمها رضاع ولدها كما أخبر الله –عز وجل– فأمر الزوجات بإرضاع أولادهنّ وأوجب لهن على الأزواج النفقة والكسوة والزوجية قائمة، ومن المعلوم أن الرجعية في حكم الزوجة فلو كان الرضاع على الأب لذكره الله عز و جل مع ما ذكره من رزقهنّ وكسوتهنّ إلا أن مالكا –رحمه الله– دون فقهاء الأمصار استثنى الحسيبة فقال: لا يلزمها رضاعة فأخرجها من الآية وخصّصها بأصل من أصول الفقه وهو العمل بالعادة. وهذا الأصل لم يتفطّن له إلا مالك والأصل

1 – سورة البقرة: الآية 233.
2 – ابن تيمية: الاختيارات الفقهية، ص 170.
3 – مالك بن أنس: المدونة الكبرى، ج2، ص 290. الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص 525.

البديع فيه أن هذا الأمر كان في الجاهلية من ذوي الحسب وجاء الإسلام فلم يغيّره وتمادى ذو الثروة والأحساب على تفريغ الأمهات للمتعة بدفع الرضعاء إلى المراضع إلى زمانه فقال به و إلى زماننا فحققناه شرعا».[1]

ثالثا: رأي الشافعية والحنابلة

اتفق الحنابلة والشافعية على أن المعتدّة من طلاق رجعي تستحقّ التعويض بأجرة الرضاع بإطلاق دون قيد أو شرط[2] ، وقد استدلوا على رأيهم بالآتي:

قوله ﷻ:﴿ **وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ** ﴾[3] ، فقد عمّت الآية كل الوالدات وقدمتهنّ على غيرهنّ في كل الأحوال ثم قال ﷻ:﴿ ... **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ**... ﴾[4]، فرتّب الأجرة على الإرضاع من غير تفريق بينهما إذا كانت المرضعة أمًّا في حبال الزوجية أو مطلقة في العدّة أو بعدها.[5]

إن الأم أشفق بالولد من غيرها وأحنّ ولبنها أمرأ عليه وهي أحقّ بالحضانة.[6]

« إن الرضاع عمل تستحق المطلقة أخذ الأجرة عليه بعد البينونة فجاز لها أخذ الأجرة عليه قبل البينونة » .[7]

إنّ الطفل إنما يتغذّى بما يتولّد في المرضعة من اللّبن وذلك إنما يحصل بالغذاء

1 – القرطبي: مصدر سابق ، ج 3 ، ص 172.
2 – الشربيني: مغني المحتاج، ج3، ص 449 .ابن قدامة: مصدر سابق، ج9، ص 311.
3 – سورة البقرة: الآية 233.
4 – سورة الطلاق: الآية 6.
5 – المقدسي بهاء الدين: مصدر سابق، ص448. ابن مفلح: مصدر سابق، ج8، ص 221.
6 – البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص 478.
7 – الشيرازي: مصدر سابق، ج2، ص 167.

فوجبت أجرة للمرضعة لأنها في الحقيقة له.[1]

الترجيح:

مما سبق ذكره يتضح رجحان قول الشافعية والحنابلة القائلين باستحقاق المطلقة طلاقا رجعيا لأجرة الرضاع وذلك لعموم قوله ﷻ: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[2].

أما ما ذهب إليه الأحناف والظاهرية وابن تيمية من عدم استحقاقها للأجر نظرا لاستحقاقها للنفقة فإنه مردود؛ وذلك لأنهم أوجبوا للبائن الأجرة في قول من أقوالهم مع أنهم يرون أن نفقتها واجبة، فكيف تستحق البائن النفقة و الأجرة ولا تستحقها الرجعية؟.

وأما ما ذهب إليه المالكية فغير ظاهر؛ لأن أحكام الله لا تختلف من شريف الى دنيء، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: تعويض المطلقة طلاقا بائنا

إذا أرضعت المطلقة طلاقا بائنا ولدها فللفقهاء في تعويضها بأجرة الرضاع رأيان.

أولا: رأي الحنفية

اختلفت الرواية عند الحنفية في المطلقة طلاقا بائنا في ثبوت التعويض لها بأجرة الرضاع إلى روايتين، فذهب بعضهم إلى ثبوت الأجر لها، وخالف آخرون فقالوا بنفي الأجرة.

---

1 – البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج3، ص 258.
2 – سورة الطلاق: الآية 6.

قال الكاساني:« وأما المبتوتة ففيها: رواية لا يجوز لها أن تأخذ الأجر لأنها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة، فلا يحلّ لها الأجرة كما لا يحلّ للزوجة، وفي رواية يجوز لأنّ النكاح قد زال بالإبانة فصارت كالأجنبية».[1]

أما إذا انقضت عدّة المطلقة فالتمست أجرة الرضاع فالأم أولى ما لم يجد الأب من ترضعه بغير أجر، أو بأقل من أجر الأم.

فالأجنبية تفضل هنا على الأم لقوله ﷻ:﴿... وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴿٦﴾ ﴾[2]

،ولأن في إلزام الأب بما تلتمسه الأم إضرارا به، وقد قال ﷻ: ﴿...وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ...﴾[3] أي لا يضارّ الأب بإلزام الزيادة على ما تلتمسه الأجنبية ولكن ترضعه الأم، ولا يفرّق بينهما لما فيه من إلحاق الضرر بالأم.

وقال صاحب البحر: « فإن قلت: إن وجب الإرضاع عليها هو المانع من أخذ الأجرة وهو بعينه موجود بعد انقضائها فليست كالأجنبية قلت: إن الوجوب عليها مقيد بإيجاب رزقها على الأب بقوله ﷻ:﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾[4] ففي حال الزوجية والعدّة هو قائم برزقها، وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم الأجرة مقامه[5]».

1 – الكاساني: مصدر سابق ، ج 4 ، ص 14. الجصاص: مصدر سابق ، ج 2 ، ص 105.
2 – سورة الطلاق: الآية 6.
3 – سورة البقرة: الآية 233.
4 – سورة البقرة: الآية 233.
5 – ابن نجيم زين الدين: مصدر سابق، ج 4، ص 221.

ثانيا: رأي جمهور الفقهاء

اتفق المالكية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] والظاهرية[4] مع الحنفية في روايتهم الثانية وهي أن المطلقة طلاقا بائنا يثبت لها التعويض بأجرة الرضاع إذا أرضعت ولدها في عدتها أو بعد انقضاء العدة.

الترجيح:

مما سبق يتضح لنا رجحان قول جمهور الفقهاء بأن المعتدّة من طلاق بائن تستحق الأجرة على الرضاع، وذلك لأن أجرة الطفل بعض من نفقته الواجبة على الأب وبالتالي يكون على الأب دفع أجرة رضاع الطفل بغض النظر عن كون المرأة في العدة أم لا لعموم قوله ﷻ: ﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾[5] ولأن الأم غير مجبرة على إرضاعه، فإذا لم ترضعه سيدفعه الأب إلى من يرضعه بالأجرة فتكون هي أحق بالأجرة من غيرها.

وأما ما قيل من أنها مكفية النفقة، فالجواب أنها تستحقّ النفقة سواء أرضعت أو لم ترضع فلا ارتباط بين الاثنين –النفقة وأجرة الرضاع– والله تعالى أعلم.

الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري

بعد أن ألغى المشرع الجزائري المادة 39 من قانون الأسرة والتي تنصّ على وجوب إرضاع الزوجة أولادها عند الاستطاعة يكون قد نفى وجوب إرضاع الأم لولدها من ثديها في كل الحالات، سواء كانت في حبال الزوجية أو معتدة من طلاق رجعي أو بائن أو بعد انقضاء عدتها، وهو إضرار بالطفولة؛ لأن الحليب الاصطناعي

---

1 – الدردير: **الشرح الكبير** ، ج 2 ، ص 525. النفراوي: مصدر سابق ، ج 2 ، ص70.
2 – الشربيني: **مغني المحتاج**، ج 3 ، ص 450. الشيرازي: مصدر سابق، ج 2، ص 167.
3 – ابن قدامة: مصدر سابق ، ج 9 ، ص 311 .ابن تيمية: الاختيارات الفقهية، ص 170.
4 –ابن حزم : مصدر سابق ، ج10 ، ص 336.
5 – سورة الطلاق: الآية 6.

لا يعوض حليب الأم في المحافظة على صحّة الطفل البدنية والعقلية والنفسية، والطبّ الحديث يدعو إلى العودة إلى الرضاع الطبيعي، لما فيه من نعم على الطفل.

أما التعويض بأجرة الرضاع فإن قانون الأسرة الجزائري لم ينص عليها صراحة ولكنه جعله من لوازم نفقة الزوج على أولاده، فنفقة الرضيع واجبة في مال أبيه تأخذها المطلقة طلاقا بائنا سواء كان رضاعها من ثديها أو عن طريق الإرضاع الاصطناعي.

وعليه أقترح أن تكون مادتين خاصتين بوجوب الرضاع على الأم وأخذها تعويضا على ذلك حماية لحقوق الطفل من جهة، وتعويضا للأم المرضعة من جهة أخرى على أن يكون نصهما كالتالي:

المادة الأولى:

" يجب على الزوجة إرضاع ولدها إن استطاعت مع وجوب زيادة النفقة على الزوج إن احتاجت إلى زيادة النفقة بحسب حالة الزوج".

المادة الثانية:

"يجب على المعتدة من طلاق رجعي أو بائن أو بعد انقضاء عدتها إرضاع ولدها إن استطاعت وعلى الزوج التعويض بأجرة الرضاع بتقدير من القاضي أو بتراضي بينهما".

المبحث الخامس

التعويض عن الحضانة

وسنتناول في هذا المبحث تعريف الحضانة في اللغة والاصطلاح، وأدلة مشروعيتها وحكمتها وشروط استحقاق الأم للحضانة والتعويض المستحق للأم المطلقة بأجرة الحضانة والسكن، وموقف قانون الأسرة الجزائري من التعويض، ونقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب .

المطلب الأول:تعريف الحضانة ومشروعيتها

المطلب الثاني: شروط استحقاق الأم للحضانة

المطلب الثالث:تعويض المطلقة بأجرة الحضانة

المطلب الأول: تعريف الحضانة ومشروعيتها

الفرع الأول: تعريف الحضانة

أولا: تعريف الحضانة في اللغة

الحضانة بفتح الحاء وكسرها: مصدر الفعل حضن حضنا وحضانة وحضانا وحضونا، وحضن الطائر بيضه: إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها، والحضن: مادون الإبط إلى الكشح، أو الصدر والعضدان وما بينهما وجانب الشيء وناحيته. والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه وسميا بذلك لأن المربي والكافل يضم الطفل إلى حضنه .[1]

ثانيا: تعريف الحضانة في الاصطلاح

عرّفها الحنفية بقولهم:« هي تربية الولد ممن له حقّ الحضانة».[2]

عرّفها المالكية بقولهم:« هي حفظ الولد في مبيته، ومؤونة طعامه، ولباسه، ومضجعه، وتنظيف جسمه».[3]

عرّفها الشافعية بقولهم:« هي حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤديه لعدم تمييزه كطفل أو كبير مجنون، وتربيته أي تنمية المحضون بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك».[4]

أما الحنابلة فعرّفوها بقولهم:« هي حفظ صغير ومجنون ومعتوه عما يضرّهم، وتربيتهم بعمل مصالحهم، والمقصود بحفظهم أي كغسل بدنهم وثيابهم ودهنهم

---

1 – ابن منظور: مصدر سابق، ج2، ص 911. الفيروز أبادي: مصدر سابق، ج 4،ص 215.
2 – ابن عابدين: مصدر سابق، ج3، ص 555.
3 – الحطاب: مصدر سابق، ج4، ص214.
4 –القليوبي: مصدر سابق، ج2، ص88. الشربيني: مغني المحتاج، ج 3، ص 425.

وتكحيلهم وربط الطفل بمهده وتحريكه لينام ونحوه».[1]

ومن خلال عرضنا لتعاريف الفقهاء يتّضح لنا بأنها مجمعة على معنى حضانة الولد وإن اختلفت ألفاظها وتنوعت عبارتها ويمكننا أن نخلص إلى تعريف يجمع بين التعاريف السابقة.

الحضانة هي: "تربية الولد ورعايته في طعامه ولباسه ونظافته وعلاجه وتعليمه".

الفرع الثاني: مشروعية الحضانة للأم والحكمة منها

أولا: مشروعية الحضانة للأم

ثبتت مشروعية الحضانة للأم سواء كانت في حبال الزوجية أو خارجها، بالكتاب والسنّة والإجماع والمعقول.

أ- من الكتاب

قوله ﷻ:﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ .....﴾[2]

وجه الدلالة:

بيّنت الآية أن الأم أحقّ برضاعة طفلها وكفالته إلى أن يستغني عنها بنفسه[3]

قال الجصاص في معنى هذه الآية:« في هذا دلالة على أن الأم أحقّ بإمساك الولد مادام صغيرا وان استغنى عن الرّضاع بعدما يكون ممن يحتاج إلى الحضانة لأن

1 – البهوتي: كشاف القناع، ج5، ص 583. البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج3، ص263.
2 – سورة البقرة: الآية233.
3 –ابن رشد الجد: مصدر سابق، ج 2، ص 258.

حاجته إلى الأم بعد الرضاع كما هي قبله ».[1]

قوله ﷻ: ﴿ ... وَقُل رَّبِّ ٱرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾[2]

وجه الدلالة:

يفهم من هذه الآية أن الله -ﷻ- أعطى للأم حقّ حضانة ولدها بتربيته في الصغر.

ب- من السنة

روي أن امرأة قالت يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وأن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه منّي، فقال رسول الله - ﷺ -: [أنت أحق به ما لم تنكحي][3].

وجه الدلالة:

دلّ هذا الحديث على أنه إذا افترق الأبوان وبينهما ولد فالأم أحقّ وأولى بحضانته ما لم يقم بها مانع يمنع تقديمها، وقد ذكرت هذه المرأة صفات اختصت بها دون الأب تقضي باستحقاقها وأولويتها في حضانة ولدها، وقد أقرّها النبي - ﷺ - على ذلك وحكم لها به.[4]

عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- طلّق زوجته أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى

1 - الجصاص: مصدر سابق ، ج 2، ص405 .
2 - سورة الإسراء: الآية 24.
3 - رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد،مصدر سابق، ج 6،ص198 وقال الألباني فيه: حديث حسن، ورواه أحمد في مسنده، مسند المكثرين من الصحابة، مسند عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، مصدر سابق، ج11، ص 311. قال الأرنؤوط فيه: حسن.
4 - الشوكاني: مصدر سابق ، ج 7، ص 139.

أبي بكر فقال أبو بكر:(مسحها وحجرها، وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه[1] ».

وجه الدلالة:

أن أبا بكر -رضي الله عنه- أثبت الحضانة للأم ولم ينكر عليه أحد.[2]

جـ- من الإجماع

أجمع العلماء على أن الأم أحقّ بحضانة ولدها إذا افترقت عن زوجها، قال ابن المنذر: « وأجمعوا على أن الزوجين إذا افترقا وولد لهما طفل أن الأم أحق به ما لم تنكح».[3]

د- من المعقول

من المعلوم أن أحنّ وأعطف وأشفق قلب في الكون هو قلب الأم على ولدها، فحنانها وعطفها لا يضاهيه شيء لذلك كانت هي أولى الناس بالحضانة وأحقهم.

كما أنها أقرب الناس للولد ولا يشاركها في قربها إلا الأب، وليس له شفقتها كما أنه لا يلي الحضانة بنفسه بل يدفعه إلى من يتولى حضانته؛ لذلك اقتضى عقلا أن تكون هي أولى بالحضانة من غيرها.[4]

ثانيا: حكمة مشروعية الحضانة

لقد حرص الإسلام على العناية بالفرد منذ ولادته، فالصغير عندما يخرج من بطن أمه إلى هذه الدنيا يكون بحاجة إلى من يلي أمره؛ لأنه عاجز عن النّظر في أموره ومصالحه والقيام بحوائجه، فهو تارة يحتاج إلى من يقوم بمنفعة بدنه، وتارة إلى

---

1 - ابن أبي شيبة: المصنف، كتاب الطلاق، باب في المطلقة كيف ينفق عليها، تحقيق: محمد عوامة، الدار السلفية الهندية القديمة، ج5، ص 238.

2 - ابن قدامة: مصدر سابق ، ج 8 ،ص 191.

3 - ابن المنذر: مصدر سابق، ص 79.

4 - البهوتي: كشاف القناع، ج 5، ص 496. ابن قدامة: مصدر سابق ، ج 9، ص 299.

من يقوم بحفظ ماله؛ لذلك نجد الشّرع جعل ولاية الصغير إلى غيره حفاظا على مصلحته وحتى لا يلحقه أي ضرر أو هلاك.

والولاية على الطفل نوعان: نوع يقدم فيه الأب على الأم وهي ولاية المال والعقود، ونوع تقدم فيه الأم على الأب وهي ولاية الحضانة والرضاع، وقد قدّم كل من الأبوين فيما جعل له من ذلك لتمام مصلحة الولد ولتوقف مصلحته على من يلي ذلك من أبويه.

ولما كان الرجال أقوم بتحصيل مصلحة الولد وأقدر على الاكتساب وأقوى رأيا مع الشفقة الكاملة، جعل الشرع ولاية التصرف في النفس والمال إليهم، وذلك لأن التصرف يستدعي قوّة في الرأي. ولما كان النساء أعرف بأمور التربية وأقدر عليها وأصبر على تحمّل المشاق وأرأف بالصغير وأحنّ عليه وأرفق به وأفرغ للقيام بخدمته وذلك للزومهنّ للبيت، جعل الإسلام لهن حق الحضانة وقدمهن فيها على الآباء.

كما أن الحقّ – ﷻ– زرع في قلب الأم الحنان والشفقة على الولد أكثر من الأب فهي تتحمّل في سبيل ذلك من المشاقّ مالا يتحمله الأب؛ لذلك كان من محاسن الشريعة الإسلامية أن قدّمت الأم في الحضانة حتى يتمتّع الطفل بأكبر قدر ممكن من الحبّ والحنان والعطف والرعاية.[1]

المطلب الثاني: شروط استحقاق الأم للحضانة

لكي تتمكّن الأم المطلقة من حضانة ولدها ينبغي أن تتوفّر فيها عدة شروط، وقد اتفق فقهاء المذاهب على بعض الشروط، واختلفوا في البعض الآخر، لذلك سنعرض هذه الشروط عند كل مذهب على حدا.

الفرع الأول: الشروط عند الحنفية

اشترط الأحناف في الأم لاستحقاقها الحضانة عدة شروط وهي:

1 – علي حسب الله: مرجع سابق، ص248.

- الحرية.
- العقل.
- الأمانة.
- القدرة على الحضانة.
- عدم الردة.
- عدم الفسق بشكل يلزم فيه ضياع الولد.
- الخلو من زوج أجنبي عن الطفل.

ولم يشترط الأحناف في الأم الحاضنة الإسلام فأجازوا الحضانة للكافرة على تفصيل يأتي وقالوا: أهل الذمة في الحضانة بمنزلة أهل الإسلام فتستوي الأم المسلمة والكتابية والمجوسية في حضانة الصغير.[1]

الفرع الثاني: الشروط عند المالكية

وقد اشترطوا في الأم الحاضنة:

- العقل.
- الأمانة في الدين: أي عدم الفسق بشكل يؤدي إلى ضياع الولد.
- القدرة أو الكفاءة للحاضنة.
- الرشد.
- الخلوّ من الأمراض كالجذام والبرص الضار.
- الخلوّ من زوج أجنبي.
- عدم السفر من البلد.

1 – المرغيناني: مصدر سابق ،ج 2 ،ص 37 – 38 .ابن الهمام: مصدر سابق، ج 4، ص 367–373. الكاساني: مصدر سابق ،ج 4 ،ص 42.

ولم يشترط المالكية الحرية في الأم الحاضنة، فقالوا للأم حقّ الحضانة وإن كانت أمة، ولم يشترطوا الإسلام كذلك فالمسلمة والذميّة والكافرة سواء في حضانة صغيرها، ولكن يضم الولد مع أمه إلى ناس من المسلمين إن خيف عليه أن تغذيه بخمر مثلا أو لحم الخنزير.[1]

الفرع الثالث: الشروط عند الشافعية

ويشترط في الأم كي تكون حاضنة ما يلي:

- العقل.
- الحرية.
- الأمانة والعفة: أي عدم الفسق وإن كان فسقها بترك صلاة فقط.
- الإسلام.
- الرشد.
- الخلوّ من الأمراض كالجذام والبرص.
- أن لا تكون عمياء.
- أن لا تكون مغفلة.
- أن تخلو من زوج أجنبي عن الطفل.
- الإقامة في البلد وعدم السفر.
- أن لا تمتنع من إرضاع المحضون إذا كان رضيعا وكان فيها لبن، فإذا امتنعت عن إرضاعه فلا حضانة لها، على قول[2]. وقد علّق البجيرمي في حاشية على الخطيب

1- الدردير: الشرح الصغير، ج 1، ص 491. النفراوي: مصدر سابق، ج 2، ص 72.
2 - الشربيني: مغني المحتاج، ج3، ص 454.

على هذا الشرط الأخير بقوله: "هذا رأي ضعيف وأن المعتمد هو استحقاقها للحضانة وإن لم ترضع كما دل عليه كلام المحرر".[1]

الفرع الرابع: الشروط عند الحنابلة

وشروطهم هي:

- العقل.
- الحرية.
- الإسلام.
- العدالة: أي عدم الفسق في الظاهر على المذهب.
- أن لا تكون معتوهة.
- أن لا تكون عمياء.
- الخلوّ من زوج أجنبي.
- القدرة على الحضانة.
- أن تكون خالية من الأمراض كالجذام والبرص.[2]

الفرع الخامس: الشروط عند الظاهرية

لم أر للظاهرية شروطا معيّنة لاستحقاق المطلّقة حضانة ولدها، فقد ذهبوا إلى أن الأم تستحقّ حضانة صغيرها سواء كانت حرّة أو أمة، متزوجة أو غير متزوجة وسواء كان الزوج أجنبيا أو غير ذلك، وسواء كانت مسلمة أو كافرة، عدلة أو فاسقة،

1 – البجيرمي: حاشية البجيرمي المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، سنة 1401هـ، ج 4، ص 97.
2 – ابن قدامة: مصدر سابق ، ج 9،ص 297. أبو البركات: مصدر سابق ،ج 2،ص 120.

وسواء أقام الأب في البلد أو رحل عنها وفي جميع الأحوال لا يسقط حق الأم في حضانة ولدها إذا استغنى الصغير عن الرضاع وبلغ مبلغ الفهم.[1]

الترجيح بين المذاهب

مما سبق عرضه من الشروط يتضح بأنّ رأي جمهور الفقهاء هو الراجح وإن اختلفوا في بعض الشروط التي يجب توفّرها في الأم المطلقة؛ لتستحق الحضانة؛ لأن الحضانة فيها حقان: حقّ الأم الحاضنة وحقّ الولد المحضون، فإن تعارض حق المحضون مع حقّ الأم بعدم توفر أحد الشروط فيها، يضرّ بمصلحة المحضون – كالجنون مثلا – قدم حقّ المحضون. أما الظاهرية فرأيهم مرجوح لأنهم راعوا مصلحة الأم ولم يلتفتوا إلى مصلحة الولد، والله أعلم.

المطلب الثالث: تعويض المطلقة بأجرة الحضانة والسكن

إذا توفّرت في المطلّقة الشروط التي ذكرناها في المطلب السابق واستحقت الحضانة فهل تعوض بأجرة الحضانة وأجرة السكن الذي تمارس فيه مهمتها؟ هذا ما سنبيّنه في ثلاثة فروع من خلال آراء الفقهاء وموقف قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: تعويض المطلقة بأجرة الحضانة

إما أن تكون الأم المطلّقة في حبال الزوجية أو خارجها؛ لذلك فقد اختلف الفقهاء في تعويضها بأجرة الحضانة وسنعرض لكلّ مذهب على حده.

أولا: مذهب الأحناف

يرى أصحاب هذا المذهب بأن المعتدّة من طلاق رجعي أو من طلاق بائن لا تستحقّ الأجرة على حضانتها لصغيرها، وذلك لوجوبها عليها ديانة ولاستحقاقها النفقة في فترة العدة.

1 –ابن حزم : مصدر سابق ،ج10 ،ص 323.

أما بعد انتهاء العدّة فإنها تستحقّ الأجر على الحضانة وذلك لعدم استحقاقها للنفقة.[1]

جاء في حاشية ابن عابدين: « فإذا كانت منكوحة أو معتدّة لأبيه لم تستحقّ أجرة على الحضانة ولا على الإرضاع لوجوبهما عليها ديانة والنفقة ثابتة لها بدونهما بخلاف ما بعد العدّة فإنها تستحقّها عملا بشبه الأجرة».[2]

ثانيا: مذهب المالكية

ولهم قولان في استحقاق الأم لأجرة الحضانة، فمن رأى بأن الحضانة واجبة عليها وتجبر على القيام بها لم يجعل لها أجرا، إذ الإنسان لا يأخذ أجرا ماديّا على فعل شيء واجب عليه. ومنهم من رأى أن الحضانة حقّ للمحضون وليست للأم، فأوجب للأم الأجرة على حضانتها ولكن تكون الأجرة في مال المحضون إذا كان غنيّا[3]، أما الزوج المطلّق فلم أعثر على أحد من فقهاء المالكية يلزمه بأجرة الحضانة لمطلقته إذا قامت على أولاده سواء كانت المرأة غنية أو فقيرة.

ثالثا:مذهب الشافعية

أجرة الحضانة ثابتة للحاضن حتى الأم وهي غير أجرة الرضاع، فإذا كانت الأم هي المرضعة وطلبت الأجرة على الرضاع والحضانة أجيبت، ثم إن كان للصغير مال كانت الأجرة في ماله، وإلا فعلى الأب، أو من تلزمه نفقته ويقدر لها كفايتها بحسب حالها.[4]

رابعا:مذهب الحنابلة

---

1 – ابن نجيم زين الدين: مصدر سابق، ج4، ص 180.

2 – ابن عابدين: مصدر سابق، ج3، ص 561.

3 – التسولي: مصدر سابق، ج1، ص404. ابن رشد الجد: مصدر سابق، ج2، ص262. النفراوي: مصدر سابق، ج2، ص 73.

4 – الشربيني: مغني المحتاج، ج3، ص 452.

للحاضنة طلب أجرة الحضانة، والأم أحقّ بحضانة ولدها ولو وجدت متبرعة تحضنه مجّانا، ولكن لا تجبر الأم على حضانة طفلها، وإذا استؤجرت امرأة للرضاع والحضانة لزماها بالعقد، وإن ذكر في العقد الرضاع لزمتها الحضانة تبعا، وإذا استؤجرت للحضانة لم يلزمها الرضاع، وإذا امتنعت الأم سقط حقها و انتقل إلى غيرها.[1]

الترجيح:

مما سبق عرضه يتضح لنا رجحان مذهب الشافعية والحنابلة القائلين باستحقاق الأم المطلقة الأجرة على حضانة صغيرها، وإن كانت في عدّة الطلاق الرجعي أو البائن لاسيما وأنها حبست نفسها من أجل تربية الصغير والقيام بمصالحه وأموره. وأما ما ذهب إليه الأحناف من كونها مكفية بالنفقة لأن نفقتها في العدّة على الزوج، فلا تستحقّ أجرا على الحضانة فهو مردود، وذلك لأنها تستحقّ النفقة سواء قامت بالحضانة أو لم تقم، فالنفقة ثابتة لها، أما أجرة الحضانة فتستحقها نظير قيامها بأمور الصغير ورعايته والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: تعويض المطلقة بأجرة السكن

أجمع العلماء على أنّ الأم إذا كانت حاضنة لولدها وهي في حبال الزوجية بأن كانت متزوجة أو معتدة من طلاق رجعي، بأن لها الحقّ في المسكن وليس لزوجها أن يخرجها منه إلا أن تأتي بفاحشة مبينة، قال الله -ﷻ-:﴿.... **لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ** .....﴾[2]

1 – ابن قدامه : مصدر سابق ، ج8، ص 199– 200.
2 - سورة الطلاق: الآية1.

أما الأم الحاضنة إذا انتهت عدّة طلاقها، فإن العلماء اختلفوا في حقها في السكن أو تعويضها ببدل إيجار المسكن، فمنهم من قال بأنه لا حقّ لها في السكن و لا في بدل الإيجار، ومنهم من قال بأن السكن على الأب أو عليه بدل الإيجار، ومنهم من قال بأن المسكن أو بدل الإيجار على الأب إن كان موسرا.

القول الأول:

إن أجرة المسكن على الحاضنة.[1]

وهذا القول يبدو لي بأنه مرجوح، وقد جانب الصّواب فكيف نلزم المرأة الحاضنة بأجرة مسكن الحضانة وهي غير ملزمة بالنفقة على المحضون و أجرة مسكن الحضانة من مشتملات النفقة.

القول الثاني:

أجرة مسكن الحضانة على الأب إن كان موسرا ولم يكن للحاضنة مسكن تحضن فيه أبنائها.

جاء في حاشية ابن عابدين: « فالوجه لزومه على من تجب عليه نفقته ... ولكن هذا يظهر لو لم يكن لها مسكن يمكن أن تحضن فيه الولد ويسكن تبعا لها، فلا لعدم احتياجها إليه فينبغي أن يكون ذلك توفيقا بين القولين، ويشير إليه قول أبي حفص: وليس لها مسكن و لا يخفى أن هذا هو الأرفق للجانبين فليكن عليه العمل»[2].

وجاء في حاشية الدسوقي:« إنه لا شيء على المرأة إذا كان الأب موسرا وإنها على الموسر من الأب والحاضنة».[3]

1 – الدسوقي: مصدر سابق، ج 2، ص 839.
2 – ابن عابدين: مصدر سابق، ج3، ص 562.
3 – الدسوقي: مصدر سابق، ج2 ، ص 839.

وهذا القول يظهر فيه جانب كبير من الصواب خاصة إذا كان الأب معسرا والحاضنة غنية فقد تسقط عليه نفقة أبنائه كما رأينا في المبحث الأول (انعدام النفقة) من الفصل الثاني، فمن باب أولى سقوط أجرة مسكن الحضانة.

القول الثالث:

أجرة مسكن الحضانة على الأب مطلقا.

جاء في الشرح الكبير:« أن السّكن على الأب، ولم يفرّق هذا القول بين أن يكون للحاضنة مسكن أو لا، بل جعل عبء المسكن على كل حال على من عليه نفقة الولد و هو الأب»[1]

جاء في حاشية الدسوقي:« سكن الابن على أبيه وعلى الحاضنة ما يخص نفسها بالاجتهاد فيهما أي فيما يخص الطفل ويخص الحاضن[2]».

وجاء في مواهب الجليل:« لا سكن للرضيع على أبيه مدّة الرضاع فإذا خرج من الرضاع كان عليه أن يسكنه[3]»

الترجيح:

والقول الراجح هو أن أجرة مسكن الحضانة على الأب إن كان موسرا، فإن كان معسرا وكانت الأم الحاضنة موسرة أو لها مسكن تسكن فيه تلزم بالسكن أو بأجرته.

فإن كان الأبوان معسرين وجبت أجرة السكن من بيت مال المسلمين وهذا حفاظا على الأم المطلقة وأبنائها.

جاء عند مصطفى شلبي:« إذا لم يكن للحاضنة مسكن خاص بها أو مسكن تسكن فيه مع زوجها القريب للطفل قرابة محرمية في مكان الحضانة وجب إعداد مسكن لها

1 –الدردير :الشرح الكبير، ج2، ص 838.
2 – الدسوقي: مصدر سابق، ج 2، ص 838.
3 – الحطاب: مصدر سابق، 4ج، ص 220.

أو إعطاؤها أجرة مسكن مناسب تقوم فيه بالحضانة، لأنها مضطرة إلى ذلك؛ لئلا يسقط حقها في الحضانة، كما يجب إعداد كل ما يحتاج إليه الطفل من فرش و غطاء حتى يكون المسكن كاملا».[1]

الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري

لقد تكلّم قانون الأسرة الجزائري عن الحضانة بالتفصيل بتعريفها في المادة 62 منه وبإعطائه أحقيّة الحضانة للأم في المادة 64 منه، وبين المدة التي تستحق الأم الحضانة فيها سواء بالنسبة للذكر أو الأنثى في المادة 65 منه، كما فصّل في الشروط التي تستحق بها الأم الحضانة أو تسقطها عنها ابتداءا من المادة 65 إلى المادة 71 منه، مراعيا مصلحة المحضون؛ لأن الحضانة حقّ للمحضون قبل الحاضن، إلا أن قانون الأسرة الجزائري لم يتكلم عن الأجرة التي تستحقّها الحاضنة تعويضا لها عن العمل الذي حبست نفسها لأجله، سواء كانت الأم المطلقة في عدتها أو خارج عدتها، وهذا السكوت ربما يكون راجعا إلى الأخذ برأي المالكية، وإن كان من المالكية من أوجب أجرة للأم الحاضنة من مال المحضون إن كان غنيّا، ولست أدري كيف أغفل قانون الأسرة الجزائري التعويض بأجرة الحضانة ونحن في عصر تبنى فيه دور للحضانة ويدفع الزوج أجرة باهظة لدار الحضانة التي تحضن أبناءه نهارا فقط، إن كانت زوجته عاملة مشغولة عن حضانة أبنائها وعليه أقترح مادة خاصة بأجرة الحضانة.

تستحق الأم المطلقة الحاضنة تعويضا بأجرة الحضانة على الأب إن كان موسرا.

أما التعويض بأجرة مسكن الحضانة فقد فصلت فيه المادة 72 من قانون الأسرة الجزائري.[2] إذ جعلت توفير مسكن الحضانة أو بدل الإيجار على الأب مطلقا، ويلاحظ على هذه المادة أنها لم تبيّن الحالة التي يكون فيها الأب معسرا لا يملك سكنا ولا بدل

1 – مصطفى شلبي: مرجع سابق، ص92.
2 – مولود ديدان: مرجع سابق، ص16.

الإيجار، فما مصير الحاضنة وأبناءها ؟ فعلى المشرع الجزائري أن يبيّن هذه الحالة ويجعل سكن الحضانة على جهة معيّنة، كما يلاحظ على هذه المادة أنها أعطت للأم المطلقة الحقّ في البقاء في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن فكيف للمطلقة المعتدة من طلاق بائن أو المنتهية عدّتها أن تبقى مع زوج أجنبي في بيت واحد؟ فعلى المشرع الجزائري أن يبيّن هذه الحالة بأن يخرج الزوج من بيت الزوجية أو يلزم ببدل الإيجار أو أن ينقل المطلقة الحاضنة إلى مسكن أخر.

المبحث السادس

تعويض الزوج المخالع ببدل الخلع

سنتناول في هذا المبحث تعريف الخلع في اللغة و في الاصطلاح، وأدلة مشروعيته وحكمه وحكمته، وشروطه التعويض ببدل الخلع الذي يستحقه الزوج مع بيان شروطه و مقداره وموقف قانون الأسرة الجزائري من التعويض، ونقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تعريف الخلع

المطلب الثاني: مشروعية الخلع وشروطه

المطلب الثالث: التعويض ببدل الخلع

المطلب الأول: تعريف الخلع

سنتناول في هذا المطلب تعريف الخلع في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء في فرعين:

الفرع الأول: تعريف الخلع في اللغة

« خلع ثوبه ونعله وقائده وخلع عليه خلقه، كلّه من باب قطع، وخلع امرأته خلعا بالضم وخالعت المرأة بعلها: أرادته على الطلاق ببدل منها له فهي خالع. والاسم الخلعة بالضم وقد تخالعا واختلعت فهي مختلعة »[1].

جاء في لسان العرب:« أن الخلع هو النزع، يقول: خلعت الثوب خلعا نزعته، وخالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمالها. فطلقها وأبانها من نفسه وسمي هذا الفراق خلعا؛ لأن الله -عزّ وجل- جعل النساء لباسا للرجال، والرجال لباسا لهن لقوله ﷻ: ﴿... هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ...﴾[2] ، فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه».[3]

الفرع الثاني: تعريف الخلع في الاصطلاح

وردت في كتب الفقهاء عدّة تعاريف للخلع نذكر منها:

1 – محمد بن أبي بكر الرازي: مصدر سابق، ص95.
2 – سورة البقرة: الآية 187.
3 – ابن منظور: مصدر سابق، ج01، ص881.

أولا: تعريف الحنفية

«الخلع هو إزالة ملك النكاح ببدل لفظ الخلع أو ما في معناه المتوقف على قبول الزوجة، وهو يمين من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة[1]»

ثانيا: تعريف المالكية

جاء في حاشية الدسوقي: «هو طلاق بعوض وقد يكون بلا عوض إذا كان بلفظ الخلع[2]»

وجاء في القوانين الفقهية: «هو أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقا لها عليه فتقع بذلك طلقة بائنة».[3]

ثالثا: تعريف الشافعية

«هو فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع » .[4]

رابعا: تعريف الحنابلة

«هو فراق الزوج لزوجته بعوض بألفاظ مخصوصة وهي قسمان:

1- صريحة في الخلع : كالمفاداة والخلع والفسخ.

2- كناية في الخلع: كالمبارأة و المباينة والمفارقة[5]

---

1 – ابن الهمام: مصدر سابق، ج4، ص211.
2 – الدسوقي: مصدر سابق، ج3، ص216.
3 – ابن جزي: مصدر سابق، ص237.
4 – الشربيني : مغني المحتاج، ج3، ص262.
5 – ابن قدامة: مصدر سابق، ج8، ص173.

خامسا: تعريف الظاهرية

عرّف ابن حزم الخلع بأنه "الافتداء، فللمرأة أن تفتدي نفسها إذا كرهت زوجها وخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو وإلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي إنما يجوز بتراضيهما".[1]

الترجيح:

بالنظر إلى التعاريف التي أوردها فقهاء الشريعة للخلع نجدها متّفقة على معنى واحد وهو فراق الزوج زوجته بمقابل عوض تدفعه المرأة لزوجها، وهذه التعاريف تتفق مع التعريف اللغوي للخلع، فكلّ خلع بالمعنى الاصطلاحي هو خلع بالمعنى اللغوي ولا عكس؛ لأن الخلع بالمعنى اللغوي هو الإزالة و النّزع عموما، والتعاريف الاصطلاحية اختلفت فيما بينها بحسب القيود والشروط التي أوردها كل تعريف، فتعريف الحنفية قيّد وقوع الخلع بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض مالي، بينما نجد الشافعية يرون أن كل فرقة مقابل عوض تعتبر خلعا بأيّ لفظ كان، أما المالكية فلم يشترطوا العوض في الخلع وإنما اشترطوا أن تكون الفرقة بلفظ الخلع، وأما الحنابلة فقد اشترطوا أن يكون اللفظ دالا على الفرقة مع ذكر العوض.

أما الظاهرية زيادة على باقي المذاهب فقد اشترطوا أن تكره المرأة زوجها أو أن تخاف بغضه على أن يقبل الزوج العوض منها إن رضي، فإن لم يرضَ لم يقع الخلع وهذا الشرط إن أخذنا به يكون منافيا للخلع ومضرّا بالمرأة التي تريد أن تتخلص من زوجها بالخلع إذا أصبحت الحياة لا تطاق بينهما.

وتعتبر تعاريف الجمهور للخلع رغم اختلافها في بعض الشروط أرجح من تعريف الظاهرية، ويمكننا أن نجملها في تعريف جامع وهو: "فراق الزوجة زوجها بلفظ يدل على الخلع مقابل عوض تقدمه المرأة".

---

1 – ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص235.

المطلب الثاني: مشروعية الخلع وحكمته

الفرع الأول: أدلة مشروعية الخلع

لقد وردت عدة أدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول نصّت على مشروعية الخلع.

أولا: من القرآن الكريم

قوله ﷻ: ﴿... وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ....﴾[1].

وجه الدلالة:

المراد من عدم إقامة حدود الله أن يظن كل واحد منهما بنفسه أن لا يقيم حقوق النكاح من حسن المعاشرة والطاعة والقيام بحق كل من الزوجين نحو الآخر، فإن ظهرت بوادر الشّقاق والخلاف واستحكمت أسباب الكراهية والنّفرة فلا حرج على المرأة أن تفتدي، ولا حرج على الزوج أن يأخذ والخطاب موجه للزوجين معا.[2]

قوله -ﷻ-: ﴿ ... فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴿٤﴾ ﴾[3].

وجه الدلالة:

إن المراد في هذه الآية إذا كانت الفدية من غير إضرار ولا خديعة فهو هنيء مريء[4]

1 – سورة البقرة: الآية 229.
2 – القرطبي: مصدر سابق، ج3، ص137.
3 – سورة النساء: الآية 04.
4 – الجصاص: مصدر سابق، ج1، ص392.

قوله -ﷻ-: ﴿.... وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرٗا كَثِيرٗا ﴾[1].

وجه الدلالة:

إن ما ترشد إليه الآية الكريمة هو الصّبر على المرأة عند الكراهية وعدم التضييق عليها حتى تفتدي نفسها بالمال.[2]

قوله- جل ثناؤه-: ﴿... فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ....﴾ [3]

وجه الدلالة:

لا جناح عليها ولا عليه في الصّلح الذي يتفقان عليه بينهما، كأن تسمح له ببعض حقّها عليه في النفقة أو المبيت معها، أو بحقّها كلّه فيهما أو في أحدهما لتبقى في عصمته مكرمة أو تسمح له ببعض المهر ومتعه الطلاق أو بكل ذلك ليطلقها فهو كقوله ﷻ:﴿....فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ.... ﴾[4] .

وإنما يحلّ للرجل ما تعطيه من حقّها إذا كان برضاها أنه خير لها من غير أن يكون ملجئا إياها إليه بما لا يحل له من ظلمها أو إهانتها.[5]

1 – سورة النساء: الآية 19.
2 – ابن العربي: مصدر سابق، ج01، ص504.
3 – سورة النساء: الآية 128.
4 – سورة البقرة: الأية229.
5 – محمد رشيد رضا: تفسير المنار، ج5، ص446.

ثانيا: من السنة النبوية

عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أن امرأة ثابث بن قيس أتت النبي - ﷺ -، فقالت: يا رسول الله ثابث بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله - ﷺ -: [أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم، قال رسول الله -ﷺ -: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة].[1]

عن الربيع بنت معوذ[2] بن عفراء (أنها اختلعت على عهد النبي - ﷺ - فأمرها النبي - ﷺ - أو أمرت أن تعتد بحيضة).[3]

وجه الدلالة:

يفهم من خلال الحديثين السابقين أنّ الخلع وأخذ العوض عنه جائز ومشروع ووقع في عهد رسول الله - ﷺ-.

ثالثا: من الإجماع

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء وشذّ أبو بكر ابن عبد الله المزيني[4] عن الجمهور فقال: لا يحلّ للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا، واستدلّ على ذلك بأنه زعم أن قوله ﷻ: ﴿....فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ....﴾[5]، منسوخ بقوله ﷻ: ﴿ وَإِنْ

1 - البخاري: كتاب الطلاق، باب الخلع، مصدر سابق، ج7، ص 46.
2 - تعريف الربيع بنت معوذ:ابن عقراء الأنصارية من بني النجار لها صحبة ورواية ،وقد زارها النبي صلى الله عليه وسلم صبيحة عرسها صلة لرحمها ،عمرت دهرا وروت أحاديث ،وأبوها من كبار البدريين قتل أبا جهل ،توفيت في خلافة عبد الملك سنة بضع وسبعين رضي الله عنها ،انظر الذهبي: سير أعلام النبلاء ج3،ص198
3 - رواه الترمذي في سننه، الطلاق، باب الخلع، مصدر سابق، ص 282، وقال الألباني فيه صحيح.
4 - تعريف أبو بكر بن عبد الله المزيني
5 - سورة البقرة: الآية 229.

أَرَدتُّمُ ٱسۡتِبۡدَالَ زَوۡجٖ مَّكَانَ زَوۡجٖ وَءَاتَيۡتُمۡ إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارٗا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ ....﴾[1]. والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها، وأما برضاها فجائز.[2]

رابعا: من المعقول

إذا كانت الشريعة قد جعلت حقّ الطلاق للرجل إذا كره زوجته للتخلّص من حياة زوجية لا تطاق فإنها قد جعلت للزوجة حق الخلع بالافتداء إذا كرهت زوجها لإنهاء العلاقة الزوجية، وهذا مساواة بينهم في الحقوق، لقوله–ﷻ–: ﴿ ....**وَلَهُنَّ مِثۡلُ ٱلَّذِي عَلَيۡهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ...** ﴾[3]

الفرع الثاني: حكم الخلع

اختلف الفقهاء في حكم الخلع على ثلاثة أقوال، فمنهم من رأى إباحته ومنهم من قال بتحريمه، ومنهم من ذهب إلى كراهته.

القول الأول: الإباحة

ذهب أصحاب هذا القول إلى جواز الخلع مادام الزوجان متراضيين وهذا رأي الإمام الشافعي في قوله –ﷻ–: ﴿ .... **فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ**

1 – سورة النساء: الآية 20.

2 – ابن رشد الحفيد: مصدر سابق ، ج02، ص 66– 67.

3 – سورة البقرة: الآية 228.

عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ .....﴾[1] أن تكون المرأة تكره الرجل حتى تخاف أن لا تقيم حدود الله بأداء ما يجب عليها له أو أكثر إليه.[2]

وقال ابن الهمام: « إذا تشاقّ الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها بمال يخلعها به لقوله ﷻ ﴿... فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ .....﴾[3]

فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة و لزمها المال.»[4]

القول الثاني: التحريم

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى تحريم الخلع إذا كان من دون سبب وهذا ما نقله ابن قدامة عن الحنابلة[5] ووافقهم ابن حزم[6] على ذلك، واستدلوا لرأيهم بقوله -ﷻ-: ﴿ .... وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ ﴾[7]

جاء في المغني:« إن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال:

---

1 – سورة البقرة: الآية 229.
2 – الشافعي: الأم، ج5، ص197.
3 – سورة البقرة: الآية 229.
4 – ابن الهمام: مصدر سابق، ج4، ص211.
5 – ابن قدامة: مصدر سابق ،ج8،ص174.
6 – ابن حزم: مصدر سابق ، ج10،ص242.
7 – سورة البقرة: الآية 229.

﴿ ...تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ [1]

كما استدل أصحاب هذا القول بأحاديث من سنّته – ﷺ – قوله – ﷺ –: [أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير بأس لم ترح رائحة الجنة][2].

عن أبي هريرة – رضي الله عنه – عن النبي – ﷺ – أنه قال: [المنتزعات و المختلعات هن المنافقات][3].

قوله – ﷺ –: [أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة].[4]

القول الثالث: الكراهة

ذهب أصحاب هذا القول إلى أنه يكره للمرأة أن تطلب الخلع من زوجها، قال الآمِدي:« وإن خالعته لميلها لغيره ورغبة في نكاح غيره فالخلع جائز لأن هذا يفضي إلى التباغض والكراهة فيكون الخلع جائزا وهو مكروه »[5]

وذكر بعض الحنابلة أنه يستحبّ للمرأة أن تصبر وأن لا تختلع من الزوج إذا كان محبّا لها وله ميل لها وكانت هي كارهة ومبغضة له، كما يكره الخلع إذا تنافر أدنى منافرة.[6]

---

1 – بن قدامة: مصدر سابق، ج7، ص54.
2 – رواه الترمذي في سننه: كتاب الطلاق واللعان، باب ماجاء في الخلع،مصدر سابق، ج 4،ص 432. وقال فيه الألباني: صحيح.
3 – سنن النسائي: كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع، مصدر سابق، ص536، وقال الألباني فيه صحيح.
4 – سبق تخريجه. ص 240
5 – الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط) سنة 1983ج1، ص122.
6 – المرداوي : الإنصاف، صححه وحققه: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1986م، ج8، ص384.

واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله -ﷻ-: ﴿.... وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ....﴾[1]

قال ابن عابدين:« إن ذكر الخوف في الآية جرى على الغالب فلا مفهوم له، وإن سلّمنا أن له مفهوما فغاية ما يستفاد منه هو النّهي عن الخلع في حالة الوفاق، وهو لا ينافي المشروعية كالبيع وقت صلاة الجمعة فيفيد النّهي الكراهة لما فيه من قطع الصلة بلا سبب » .[2]

واستند أصحاب هذا الرأي إلى قوله ـ ﷺ ـ :[أبغض الحلال إلى الله الطلاق].[3] فالمراد بالحلال في الحديث ما قابل الحرام وما يقصر على المكروه فيحكم حينئذ بتعلق البغض به، وبأن أبغضه الطلاق فالخلع مكروه بالنظر إلى أصله.[4]

الترجيح:

وبعد عرضنا لأقوال الفقهاء وأدلتهم يتبيّن لنا بأن الأصل في حكم الخلع الكراهة، وهو رأي جمهور الفقهاء هذا إذا كان بسبب، وهو الرأي الراجح حفاظا على كيان الأسرة، لعلّ السبب يزول بعد الصبر عليه، أما إذا كان طلب الخلع من المرأة بغير سبب فهو محرّم وذلك لورود أحاديث عن النبي - ﷺ - ذكرناها سابقا صريحة اللفظ والدلالة على تحريم طلب الخلع من غير سبب والله أعلم.

1 – سورة البقرة: الآية 229.
2 – ابن عابدين: مصدر سابق، ج05، ص94.
3 – رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، مصدر سابق، ص379، ورواه ابن ماجه في سننه أيضا، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، مصدر سابق، ص349.
4 – الدسوقي: مصدر سابق، ج3، ص216.

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الخلع

إن المرأة إذا لحقتها أضرار مادية أو معنوية من قبل زوجها بسبب عدم الإنفاق أو العيوب أو النشوز أو الغيبة أو الحبس أو الفقد، أجاز لها الشارع الحكيم أن تزيل الضّرر برفع أمرها إلى القاضي ليطلّقها من زوجها على عوض تستحقه كما رأيناه في المباحث السابقة من هذا الفصل، وقد تكون الزوجة تعاني من أضرار معنوية نفسية بسبب كراهيتها لزوجها، فلا تطيق معاشرته، ولا تحتمل البقاء معه، فشرع لها الله – عز وجل– الخلع لحلّ هذه العلاقة التي انعدمت فيها المقاصد التي شرعت من أجلها، وهي المودّة والرحمة والسكينة، وبالرغم من أن الطلاق أبغض الحلال إلى الله فقد شرع للزوج عند استحالة الحياة الزوجية، بالمقابل شرع الخلع، فالمرأة يجوز لها أن تخالع زوجها إن كرهته وخافت ارتكاب إثم بترك حقه بعوض تفتدي به نفسها منه، وفي هذا المقصد الشرعي من الخلع العدل التام إذ لا يكلف الرجل خسارة في امرأته وفي ماله بغير ذنب من جانبه، كما أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ منه شيئا من المال إلا﴿...بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ ... ﴾[1] وهذا المقصد يتمثل في حدود الاعتدال دون إفراط أو تفريط.[2]

فالخلع يعتبر كحلّ وسط يريح كلا الطرفين، فإذا ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما وإذا ثبتت عدم مراعاة أحكام الله التي شرعها للزوجين فللزوج أن يأخذ مقابلا ليطلقها، كما أن الخلع يزيل على المرأة الأضرار النفسية والمعنوية التي تلحقها من معاشرة رجل تكرهه.[3]

---

1 – سورة النساء: الآية 19.

2 – بلقاسم شتوان: مقاصد الطلاق في الشريعة، مجلة المعيار الصادرة عن مخبر الدراسات، العدد 04 ،جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، سنة 2005، ج2، ص479.

3 – معوض عبد التواب: **الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**، مطبعة الانتصار ، مصر، الطبعة التاسعة،سنة (1421 هـ ،2001م) ، ج01، ص282. عبد الرحمن الصابوني: نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ص145.

كما تتجلى الحكمة من الخلع في رفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص من الرابطة الزوجية وذلك لاستحالة الحياة المشتركة ولعدم الانسجام بين الزوجين، وهذا الحقّ في فكّ الرابطة الزوجية عند استحالتها قد انبنى من منطلق قاعدة:[لا ضرر ولا ضرار][1]، وهذه القاعدة من أركان الشريعة، فهذه القاعدة تنفي الضرر نفيا تاما فيوجب منعه مطلقا، كما يجب دفعه قبل الوقوع بطرق الوقاية الممكنة ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل أثاره وتمنع تكراره وتوجب اختيار أهون الشرَين لدفع أعظمهما.[2]

الفرع الرابع: شروط الخلع

يشترط لوقوع الخلع عدة شروط وهي:

أولا: الأهلية

يشترط في الزوج أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق، بأن يكون بالغا عاقلا، فكل من لا يصح طلاقه لا يصح منه الخلع؛ لأنّ من جاز تطليقه بلا عوض جاز تطليقه بعوض بطريق الأولى، فلا يصح الخلع من الصبي والمجنون والمعتوه، ومن اختل عقله بسبب المرض أو كبر السنّ، ويشترط في المختلعة أن تكون محلا للطلاق وأهلا للتبرع إذا كانت هي الملتزمة ببدل الخلع بأن تكون بالغة عاقلة رشيدة غير محجور عليها؛ لأن الخلع بالنسبة إليها معاوضة فيها شبه بالتبرعات، وأن تكون راضية غير مكرهة عليه عالمة بمعنى الخلع فإن كانت غير عربية ولقنها زوجها بالعربية كلمات: اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة فقالت هذه الكلمات وهي لا تعرف معناها وقبل الزوج طلقت طلاقا بائنا ولاشيء له من البدل.[3]

1 – سبق تخريجه. ص 05

2 – مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، ج02، ص978.

3 – مصطفى شلبي: مرجع سابق، ص540.

ثانيا: قيام الزوجية

أن تكون الزوجة محلاً لإيقاع الطلاق عليها، بأن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما، فلو انقضت العدّة لم تكن محلا للخلع.[1]

ثالثا: الصيغة

أن تكون الصيغة بلفظ الخلع، أو ما اشتقّ منه كالاختلاع والمخالعة، أو بأي لفظ يؤدي معنى الخلع كالمفاداة والمبارأة، كأن يقول الزوج لزوجته بارأتك على مبلغ مائة دينار وذلك في مقابل عوض.

أن تقبل الزوجة دفع العوض إلى زوجها نظير خلعها، فإن لم يوجد لفظ الخلع، ولا ما في معناه، كما لو قال لها: أنت طالق نظير ألف دينار، كان طلاقا على مال، ولم يكن خلعا، وإذا لم يوجد العوض، كما إذا قال لها: خلعتك، بدون ذكر للعوض كان ذلك كناية على الطلاق.[2]

المطلب الثالث: التعويض ببدل الخلع

هو ما تلتزم به الزوجة لتعويض زوجها مقابل خلعها وسنتعرض في هذا المطلب لشروط ومقدار بدل الخلع وكذا الخلع بلا عوض في ثلاثة فروع، ونتطرق في الفرع الرابع لموقف قانون الأسرة الجزائري من الخلع والتعويض فيه.

الفرع الأول: شروط العوض في الخلع

حتى يتمكن الزوجان من التصالح على بدل الخلع فإن الفقهاء اشترطوا لصحته شروطا نذكر منها:

---

1 – أحمد الغندور: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الثانية، سنة 1408هـــ–1982م، ص455.
2 – المرجع نفسه.

الشرط الأول: أن يكون مالا متقوما

لا يشترط أن يكون البدل من النقود، بل يصح أن يكون من المال المتقوّم، أو المنفعة التي تقابل بالمال، كالمكيلات، والموزونات، والعقارات وسكنى الدار، وزراعة الأرض زمنا معلوما، كما يصح أن يكون البدل في الخلع معجلا أو مؤجلا، أو مقسطا على أقساط معلومة في مواعيد معينة حسب اتفاق الزوجين.[1]

جاء في حاشية ابن عابدين:« وإذا سمت في الخلع ما هو مال وأشارت إلى ما ليس بمال بأن اختلعت على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر إن علم الزوج بكونه خمرا فلا شيء له، وإن لم يعلم رجع عليها بالمهر الذي أعطاها وهذا عند أبي حنيفة، وعند الصاحبين يجب مثله من خلّ وسط، لأنه صار مغرورا من جهتها بتسمية المال » .[2]

وجاء في حاشية الدسوقي:« أن الخلع إذا وقع بشيء حرام سواء كانت حرمته أصلية كخمر وخنزير، أو كان كله حراما أو بعضه كخمر وثوب، أو كانت حرمته عارضة كمغصوب ومسروق، فإن الخلع ينفذ ويكون طلاقا بائنا ويرد الحرام، فإن كان مغصوبا أو مسروقا ردّ إلى ربّه، وإن كان خمرا أريق ولا تكسر أوانيه على المعتمد؛ لأنها تطهر بالجفاف، وإن كان خنزيرا قتل على ما في سماع ابن القاسم[3] وهو المعتمد، وقيل: إنه يسرح ولا يلزم الزوجة للزوج شيء في نظير الحرام كلا أو بعضا، سواء كانت حرمته أصلية كالخمر والخنزير أو عارضة كالمسروق والمغصوب، إذا كان الزوج عالما بالحرمة، علمت هي أيضا أم لا. أما لو علمت بالحرمة فقط فلا يحرم الخلع وإن جهلا الحرمة ففي الخمر لا يلزمها شيء، وأما

---

1 – بدران أبو العينين بدران: مرجع سابق، ص396.

2 – ابن عابدين: مصدر سابق، ج03، ص490.

3 – تعريف ابن القاسم: هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري ،أبو عبد الله ويعرف بابن القاسم :فقيه جمع بين الزهد والعلم ،وتفقه بالإمام مالك ونظرائه ،مولده في مصر سنة (132هــ ،750م)،من أشهر كتبه المدونة وهي من أجل الكتب المالكية رواها عن الإمام مالك ، توفى بمصر سنة (191هــ ،806م)،انظر الأعلام للزركلي ،ج3،ص 323.

المغصوب والمسروق فكالمستحق يرجع عليها بقيمته إن كان معينا وبمثله إن كان موصوفا».[1]

وجاء في المجموع:« إن كان البدل في الخلع مالا غير متقوم كالخمر ولحم الخنزير، وقعت البينونة بالخلع ووجب مهر المثل لأنه المراد عند فساد البدل» .[2]

جاء في المغني:« إذا خلع الزوج زوجته على ما ليس بمال أو على مال غير متقوم يعلمان تحريمه لم يستحق الزوج شيئا، وتقع الفرقة رجعية إذا كانت بلفظ الطلاق، فكذلك تقع الفرقة رجعية إذا كانت بالكناية؛ لأن الكنايات مع النية عندهم كالصريح، أما إذا كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق ففي المذهب روايتان: أحدهما يقع الخلع بغير عوض، والثانية لا يقع الخلع ولا تقع الفرقة من أصلها، ولم يقع شيئا » .[3]

الشرط الثاني: أن يكون مالا معلوما

اختلف الفقهاء في العوض إذا كان مجهولا على رأيين:

الرأي الأول:

يرى أصحاب هذا الرأي جواز الخلع بالعوض المجهول سواء كان موجودا وقت الخلع أم غير موجود، قال الكاساني:« ما يصلح عوضا في النكاح صلح عوضا في الخلع من طريق الأولى، وليس كل ما يصلح عوضا في الخلع يصلح عوضا في النكاح لأن باب الخلع أوسع إذا شمل جهالته لا يتحملها النكاح؛ لذلك اختص بوجوب المسمى فيه بشرط لم يشترط فيه النكاح لوجوب المسمى، وهو تسمية مال مقوم موجود وقت الخلع معلوم أو مجهول جهالة قليلة أو كثيرة»[4] .

---

1 – الدسوقي: مصدر سابق، ج04، ص551.
2 – النووي: **المجموع**، ج17، ص28.
3 – ابن قدامة: مصدر سابق ،ج8،ص203.
4 - الكاساني: مصدر سابق ، ج04، ص318.

وقال الإمام مالك:« الخلع جائز بالثمر الذي لم يبد صلاحه والعبد الأبق والبعير الشارد فإذا صالحا على ذلك كله إن ذلك له و يثبت الخلع بينهما».[1]

وجاء في المغني:« إن الخلع بالمجهول جائز وله ما جعل له». [2]

الرأي الثاني:

يرى أصاحبه عدم جواز الخلع بالعوض المجهول.

جاء في المجموع:« لا يجوز الخلع على ما فيه غرر كالمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه ولا ما لا يقدر على تسليمه؛ لأنه عقد معاوضة، فلم يجز على مجهول كالبيع والنكاح، فإن وقع الخلع على شيء من ذلك وقع الطلاق، ويرجع عليه بمهر مثلها؛ لأن الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح».[3]

جاء في المحلّى:« ومن خالع على مجهول فهو باطل لأنه لا يدري هو ما يجب له عندها ولا تدريه هي، فهو عقد فاسد وكل طلاق لم يصح إلا بصحة ما لا صحة له، فهو غير صحيح وإذا كان غير صحيح فلم يطلق أصلا ».[4]

الترجيح بين الرأيين:

والناظر في آراء الفقهاء في جواز العوض بالمجهول وعدم جوازه يجد بأن سبب اختلافهم يرجع إلى المعقول، فمن شبّه العوض في الخلع بثمن المبيع قال بعدم جواز العوض المجهول في الخلع؛ ومن شبّهه بالهبة والوصية قال بجوازه، والرأي الراجح هو الرأي القائل بجواز العوض المجهول في الخلع لأنه قد يجوز الخلع بدون عوض وخاصة إذا رضي الزوج بالعوض المجهول والله أعلم.

---

1 – مالك ابن أنس: المدونة الكبرى، ج02، ص232.

2 – ابن قدامة: مصدر سابق ، ج08، ص188.

3 –النووي: **المجموع**، ج17، ص25.

4 – ابن حزم: مصدر سابق ،ج10،ص235.

الشرط الثالث: أن لا يؤدي البدل إلى أمر لا يجوز

كأن يخالع الزوج على أن تخرج المرأة من مسكنها الذي طلّقها فيه، ولا تسكنه زمن العدّة، فهو شرط باطل؛ لأنّ سكنى المعتدة حقّ الله تعالى، ولا يجوز إسقاطه، فيلزم الزوج بالطلاق وتبقى المرأة في بيتها إلى آخر العدة إلى أن يريد أنها تتحمل أجرة المسكن زمن العدة من مالها فيجوز.[1]

وكذلك إذا أدّى بدل الخلع إلى عقد محرم كالربا أو سلف جرّ نفعا، فتبين منه ولا شيء له عليها وتأخذ منه الدّين حالا، ومثله سلفها له ابتداء أو تعجيلها دينا عليه لا يجب عليها قبوله قبل أجله بأن كان طعاما أو عرضا من بيع فيرد ويبقى إلى أجله، لأنها حطت عنه الضمان على أن زادها العصمة.[2]

الفرع الثاني: مقدار العوض في الخلع

اختلف الفقهاء في كيفية تحديد مقدار العوض في بدل الخلع إلى قولين:

القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء[3] إلى أن مقدار العوض يتحدد بما تراضا عليه الزوجان في عقد الخلع دون النظر إلى ما أعطاها من مهر أو غيره[4] واستدلوا على رأيهم بأدلة من الكتاب والسنة والأثر المعقول.

---

1 – ابن قدامة: مصدر سابق ، ج8، ص188. الكاساني: مصدر سابق ، ج3،ص 239.
2 – الدردير: الشرح الكبير، ج2، ص350.
3 – الكاساني: مصدر سابق ، ج04، ص325. ابن رشد الحفيد: مصدر سابق ، ج2، ص67. النووي: المجموع، ج17، ص08. ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص235.
4 – ابن رشد الحفيد: مصدر سابق ، ج2، ص67. الشربيني: مغني المحتاج، ج4، ص531. الكاساني: مصدر سابق ،ج04، ص325. ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص241.

أولا: من الكتاب

قوله ﷻ:﴿...فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ ....﴾[1]

وجه الدلالة

من خلال الآية الكريمة يجوز العوض بما قلّ وكثر وله أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها.[2]

ثانيا: من السنة

عن أبي سعيد الخدري قال: كانت أختي تحت رجل من الأنصار فترافعا إلى رسول الله -ﷺ- فقال لها:[أتردّين عليه حديقته؟] قالت: وأزيده، فخلعها، فردت عليه حديقته وزادته[3]

وجه الدلالة:

يجوز للرجل أن يخالع المرأة بأكثر مما أعطاها من صداق وهذا أجازه النبي -ﷺ-[4]

ثالثا: من الأثر

ما ثبت عن نافع عن مولاة لصفية بنت أبي عبيد، أنها اختلعت من زوجها بكل شيء لها إلا من درعها فلم يعب عليها ذلك عبد الله بن عمر.[5]

ما ثبت عن عثمان بن عفان -رضي الله عنه- أنه أجاز للرجل أن يأخذ من المرأة في الخلع ما سوى عقاص رأسها فجاز أن يأخذ أكثر مما أعطاها، فعن الربيع بنت معوذ قالت: كان بيني وبين ابن عمي كلام وكان زوجها، قالت: فقلت له: لك كل شيء حتى

1 – سورة البقرة: الآية 229.
2 – إبن القيم: زاد المعاد في هذي خير العباد، ج05، ص193.
3 – سبق تخريجه. ص 38
4 – الشوكاني: مصدر سابق ، ج08،ص251.
5 – ابن حجر العسقلاني: الإصابة في تمييز الصحابة،ج04،ص342.

فراشي، فجئت عثمان وهو محصور فقال: الشرط أملك خذ كل شيء حتى عقاص رأسها.[1]

ما وقع في عهد عمر ابن الخطاب -ﷺ- من أن امرأة نشزت على زوجها فرفعها إليه، فذكر له القصة، فقال له عمر:(أخلعها ولو من قرطها)، فدل ذلك على جواز الخلع بأقل من الصداق[2].

رابعا: من المعقول

للمرأة أن ترضى بالصّداق القليل ولها أن لا ترضى إلا بالصّداق الكثير عند إبرام عقد النكاح. فكذلك للزوج عند المخالعة أن يرضى بالعوض القليل أو له أن لا يرضى إلا بالعوض الكثير[3].

وباعتبار أن الخلع عقد على منفعة فجاز بالقليل والكثير كالصداق، فالعوض في الخلع مستفاد بعقد، فلم يتقدر كالمهر والثمن[4].

القول الثاني:

يرى بعض الحنابلة أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ أكثر مما أعطاها، فإن خالعها على ذلك ردّ الزيادة ووقع الخلع بقدر المهر الذي أعطاها بطل الزائد.

جاء في المحرر: « أنه يحرم أن يكون الخلع بأكثر مما أعطاها فيرد الزيادة »[5].

1 – ابن حجر العسقلاني: فتح الباري في شرح صحيح البخاري،كتاب الطلاق، باب الخلع ج09،ص326.

2–ابن حزم: مصدر سابق، ج10، ص240.

3-الكاساني: مصدر سابق، ج04، ص235

4-النووي: المجموع ، ج17، ص09.

5-أبو البركات: مصدر سابق، ج 02،ص 45.

وجاء في زاد المعاد:« إن أخذ منها أكثر مما أعطاها لم يسرح بإحسان»[1].

و استدل أصحاب هذا القول بأدلة من السنة ومن الأثر ومن المعقول.

أولا: **من السنة**

ما روي أن ثابت بن قيس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول وكان أصدقها حديقة، فكرهته فقال النبي – ﷺ –: [أتردين عليه حديقته التي أعطاك؟] قالت: نعم وزيادة. فقال النبي – ﷺ –: [أما الزيادة فلا ولكن حديقته] قالت: نعم، فأخذها له، وخلّى سبيلها، فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال: قبلت قضاء رسول الله –ﷺ –.[2]

ما روي عن النبي – ﷺ – قال:[لا يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها[3]].

فدل هذا الحديث على عدم جواز أخذ ما زاد عن الصداق.

ثانيا: من الأثر

عن سعيد بن المسيب أنه قال:(ما أحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ليدع لها شيئا).[4]

ثالثا: من المعقول

بما أن العوض بدل في مقابل فسخ العقد فلم يجز بأكثر من قدره في ابتداء العقد، كالعوض في الإقالة فلا يجوز الإقالة في البيع بأكثر من الثمن.[5]

1- بن القيم: زاد المعاد، ج 05، ص 194.
2-سبق تخريجه. ص38
3-رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، مصدر سابق، ج7، ص 314.
4-ابن حجر: فتح الباري، ج09، ص331.
5-ابن قدامة: مصدر سابق، ج08، ص193.

الترجيح:

بالنظر إلى آراء الفقهاء والأدلة التي اعتمدوا عليها في هذه المسألة يتبيّن لنا أن رأي الجمهور هو الرأي الراجح؛ لأنهم اعتمدوا في أدلتهم على آية من كتاب الله – ﷻ –، أما الحنابلة فقد اعتمدوا على حديث من سنة رسول الله –ﷺ – وقد يكون الحديث خاصا بتلك الحادثة، فلذلك نقول: إنه يجوز أن يكون مقدار العوض مبنيا على ما تراضى عليه الزوجان بدون إكراه للزوجة إن كانت زيادة على المهر وبدون إكراه للزوج إن كان العوض أقل من المهر والله أعلم.

الفرع الثالث: موقف قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصها: يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.[1]

نجد أن المشرّع الجزائري لم ينصّ على تعريف الخلع ولا على بيان شروطه وأركانه وقد فتح الباب على مصراعيه للمرأة خاصة إذا كانت غنية، أن تستبدل الأزواج متى شاءت، كما أنه لم ينصّ على مقدار العوض في بدل الخلع ابتداء وهذا ما جاءت به الشريعة ولكنه تركه لاتفاق الزوجين بالتراضي، فإذا لم يتفق الزوجان على عوض جعل للقاضي سلطة تقديرية يحدّد بها العوض بصداق المثل وقت صدور الحكم بالخلع، فعلى قانون الأسرة الجزائري أن يضيف مواد أخرى خاصة بالخلع نقترح منها ما يلي:

المادة 54 مكرر1: "على القاضي أن يعرف الأسباب التي ألجأت المرأة لطلب الخلع، فإن كانت من جهة الزوج حكم لها بالطلاق والتعويض معا".

---

1 – مولود ديدان، مرجع سابق، ص14.

المادة 54 مكرر 2: "على القاضي أن يجري عدة جلسات للصلح قبل إصدار حكم الخلع وهذه المواد في نظري تقلل من وقوع الفرقة بين الزوجين عن طريق الخلع والله أعلم".

الخلاصة:

إن الشريعة الإسلامية تقوم على مبدأ العدل و المساواة، وأخذ الحقّ للضعيف من القويّ، وللمظلوم من الظالم، وللمتضرّر من الضّار، فالمرأة إذا طلقت من زوجها لحقتها أضرار معنوية، فقابلتها الشريعة بتعويضات يقدمها الزوج المطلق لها، تخفيفا لآلامها وأحزانها، وذلك بالمهر، والمتعة. أما الأضرار المادية التي تلحق المطلقة، فقد جبرها الشارع الحكيم بنفقة العدّة وأجرة الرضاع وأجرة الحضانة والسكن، وأما الرجل المتضرر من خلع زوجته له، فقد عوضته الشريعة ببدل الخلع.

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث الذي تناولت فيه أهم موضوع من مواضيع الأسرة والـذي أعتبره من أولويات القضاء في الأحوال الشخصية ،فقد حاولت أن أبين أهم الأضـرار التي قد تنتج عن العلاقة الزوجية وكيفية إزالتها والتعويضات التي أقرتهـا الشـريعة بسبب حلّ العلاقة الزوجية، معتمدا في ذلك علـى آراء فقهـاء المـذاهب الأربعـة، بالإضافة إلى المذهب الظاهري مع مقارنتها بما جاء في قانون الأسرة الجزائري.

وإن أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث هي :

1- إن أحكام الشريعة تبنى على أساس رعاية مصالح الناس بجلب المنافع لهم ودفـع الأضرار والمفاسد عنهم وأحكام الأسرة جزء من أحكام الشريعة ، فهي تمنع الضـرر عن الأزواج قبل وقوعه وتدفعه وتزيله إذا وقع بشتى الوسائل والطرق.

2- إذا كان الإسلام قد جعل الطلاق بيد الزوج ليرفع الضرر عنه، فإنه قد جعل للمرأة الحق في طلب التفريق من القاضي ليرفع عنها الضرر الناتج عن زوجها ولـم يغلـق باب الفرقة كما هو في المسيحية فيعيش الزوجان حياة ضنكا وجعل الطـلاق ابغـض الحلال إلى الله فيلجأ إليه عند استحالة الحياة الزوجية .

3- إن المطلقة قبل الدخول يلحقها ضرر معنوي فشرع لها التعويض بنصف المهر أما المطلقة بعد الدخول يلحقها ضرر مادي وضرر معنوي فلها التعويض بالمهر كاملا.

4- إن المتعة شرعت كتعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق المطلقة.

5- إن النفقة شرعت كتعويض للمعتدة عن الضرر الذي يلحقها بسبب حبسها على ذمة زوجها في فترة العدة.

6- إن أجرة الرضاع جعلت كتعويض للمطلقة عن الضرر المادي الذي يلحق المرضعة بسبب نفقتها على طعامها وشرابها وعن الضرر المعنوي بسبب حبسها على ذمة ولدها.

7- إن أجرة الحضانة جعلت كتعويض عن الضرر الذي يلحق المطلقة الحاضنة بسبب خدمتها لمحضونيها.

8- إن بدل الخلع جعل كتعويض عن الضرر المالي الذي يلحق الزوج بسبب خسارته للمهر والهدايا وتكاليف الزواج التي دفعها للزوجة المختلعة.

إن مجمل هذه التعويضات كافية شافية للتعويض عن الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية والإسلام ليس بحاجة إلى إضافة تشريعات وتعويضات جديدة.

9- إن قانون الأسرة الجزائري قد أحسن في المادة 53 لما أعطى الحق للزوجة أن تطلب التطليق لترفع الضرر عنها وخاصة الفقرة العاشرة التي نصت على كل ضرر معتبر شرعا وقد خرج عن مبادئ الشريعة الإسلامية لما جعل مجرد التعدد ضررا يجيز للزوجة السابقة واللاحقة أن ترفع دعوى قضائية لتطلب التطليق كما أن الشروط التي اشترطها لجواز التعدد كاستصدار الترخيص من القاضي وإخبار الزوجة السابقة واللاحقة واشتراط الرضى من طرفهما يعتبر ضررا على الرجل والمرأة والمجتمع.

10- إن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على كثير من التعويضات التي أقرتها الشريعة للمطلقة كتعويض المتعة وأجرة الحضانة وأجرة الرضاع في حين نجده ينص على التعويض عن العدول عن الخطبة والتعويض عن الطلاق مقتبسا هذه النصوص من قوانين وضعية غريبة عن الشريعة الإسلامية.

كما لا يفوتني أن أذكر المواد التي اقترحتها بخصوص إزالة الضرر والتعويض عنه:

- "يجوز للزوج المدلس عليه الخيار بالعيب واسترداد مهره كاملا".

– "تعتبرالمرأة ناشزا في الحالات الآتية :

*على الزوج وخروجها عن طاعته. استعلائها

*تمنعها عن الزوج وغلق الباب دونه .

*التغليظ في القول معه .

*السفر والخروج من البيت بدون إذن الزوج .

*الخيانة في نفسها وماله .

-يعتبر الزوج ناشزا في الحالات الآتية:

*الاستعلاء على الزوجة وسوء معاملتها بالقول أو الفعل .

*هجرها في الفراش من غير سبب شرعي أكثر من اربعة أشهر .

*ضربها ضربا مبرحا.

*سوء الظن بها وسبها وشتمها .

* امتناعه عن نفقتها .

– يجوز للزوجة الغائب زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي لإزالة الضرر عنها بالشروط الآتية:

*إذا غاب عنها أكثر من ستة أشهر بغير عذر .

*إذا غاب عنها أكثر من سنة ولو بعذر .

* على القاضي أن يكتب إلى الزوج الغائب المعلوم المكان، إما أن يحضر، وإما أن يحمل زوجته إليه، وإما أن يطلق، وإلا طلق عليه القاضي، وإن كان مجهول المكان طلق عليه القاضي فيي الحال ".

- "يجوزللزوجة التي حكم على زوجها بالحبس النافذ سنة فأكثر أن تطلب التطليق من القاضي، ولو ترك لها مالا تنفقه على نفسها وعلى أولادها ".

-"على القاضي أن يطلق الزوجة التي تطلب الطلاق إذا صدر الحكم بفقد زوجها" .

-"إ ذا حكم القاضي بطلاق المرأة عليه أن يحكم لها بالمتعة".

- "على القاضي أن يراعي في تقدير المتعة حال الزوجين والعرف والزمان".

-" يجب على الزوجة إرضاع ولدها إن استطاعت ، مع وجوب زيـادة النفقـة علـى الزوج إن إحتاجت إلى زيادة النفقة بحسب حالة الزوج ".

-" يجب على المعتدة من طلاق رجعي او بائن ، أو بعد انقضاء عدتهاإرضاع ولـدها إن استطاعت ، وعل الزوج التعويض باجرة الرضـاع ، بتقـدير مـن القاضـي ،أو بتراضي بينهما .

تستحق الأم المطلقة الحاضنة تعويضا بأجرة الحضانة على الأب إن كان موسورا" .

- "على القاضي أن يعرف الأسباب التي ألجأت المرأة لطلب الخلع فإن كانت من جهة الزوج حكم لها بالطلاق والتعويض معا" .

- "على القاضي ان يجري عدة جلسات للصلح قبل إصدار حكم الخلع" .

ومن واجبي أن أدرج بعض التوصيات التي أراها ضرورية وهي :

أولا- العمل على تكوين الأزواج تكوينا صحيحا لمنع الأضرار التي قد تنـتج بيـنهم وذلك بإدراج مادة فقه الأسرة في المدارس والثانويات والجامعات ، وإدراج دروس في المساجد تبين كيفية إختيار الزوج لزوجه وحقوق الزوجين وإن لـزم الأمـر برمجـة دورات خاصة لتعليم المقبلين على الزواج.

ثانيا- ضرورة تعديل قانون الأسرة بإضافة مواد جديدة تنص على التعويضات التـــي أقرتها الشريعة الإسلامية وإلغاء المواد التي نصت على تعويضات ليست من الشـــرع وإلغاء الشروط التي تجعل التعدد ضررا يجيز للمرأة إبتداءا أن تطلب التطليق.

ثالثا- ضرورة إيجاد قضاء متخصص في مجال الأحوال الشخصية وتكـــوين القضـــاة تكوينا شرعيا متخصصا ليتمكنوا من الفصل في قضايا الأسرة.

وأخيرا فما كان صوابا فمن الله وما كان خطا فمن نفسي ومن الشـــيطان، والله ولـــي التوفيق.

الفهارس العامة

فهرس الآيات

السورة	الآية	رقمها	الصفحة
البقرة	﴿ ذَٰلِكَ ٱلۡكِتَٰبُ لَا رَيۡبَۛ فِيهِۛ هُدٗى لِّلۡمُتَّقِينَ ﴾	2	175
	﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنۡهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيۡنَ ٱلۡمَرۡءِ وَزَوۡجِهِۦۚ ﴾	102	94
	﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحۡمَ ٱلۡخِنزِيرِ﴾	173	08
	﴿وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴾	179	51-34-20-12
	﴿ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٖ فَعِدَّةٞ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾	185	175-08
	﴿هُنَّ لِبَاسٞ لَّكُمۡ وَأَنتُمۡ لِبَاسٞ لَّهُنَّ ﴾	187	233
	﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ وَتُدۡلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلۡحُكَّامِ﴾	188	35
	﴿ٱلشَّهۡرُ ٱلۡحَرَامُ بِٱلشَّهۡرِ ٱلۡحَرَامِ وَٱلۡحُرُمَٰتُ قِصَاصٞۚ ﴾	194	45-40-34
	﴿وَأَنفِقُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِۛ ﴾	195	08
	﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ ﴾	228	-192-187-104 239-204
	﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾	229	-237-236-67 -242-240-238 250
	﴿..وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾	231	67
	﴿وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ ﴾	233	-204-59-21-4 -210-209-206 218-213-211
	﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا﴾	234	188
	﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ ﴾	236	-171-154-150 -177-176-174 181-178

	﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾	**237**	-160-159-157 175-166-162
	﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾	**241**	-176-174-171 196-180
	﴿لَآ إِكْرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾	**265**	18
	﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞ﴾	**282**	04
آل عمران	﴿لَن يَضُرُّوكُمْ إِلَّآ أَذٗىۖ﴾	**111**	05
	﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِي ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾	**3**	59
	﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةٗۚ﴾	**4**	150-149
	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرْهٗاۖ﴾	**19**	243-237
	﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٖ مَّكَانَ زَوْجٖ﴾	**20**	239-164
	﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٖ﴾	**21**	166-164-163
النساء	﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْۖ﴾	**24**	166-154-152
	﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾	**25**	151-150
	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾	**29**	20
	﴿وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ عُدْوَٰنٗا وَظُلْمٗا﴾	**30**	20
	﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾	**34**	-103-102-100 112-107-105

-119-116-113 121-120	**35**	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ﴾.	
46-08	**92**	﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ﴾	
51-12	**93**	وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ ﴾	
05	**95**	﴿لَّا يَسْتَوِى ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُو۟لِى ٱلضَّرَرِ ﴾	
-130-124-122 237	**128**	﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا ﴾	
115	**141**	﴿ ٱلَّذِينَ يَتَرَبَّصُونَ بِكُمْ فَإِن كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِّنَ ٱللَّهِ﴾	
33	**1**	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ﴾	المائدة
35	**38**	﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾	
12	**45**	﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾	
45	**95**	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾	
04	**12**	﴿وَإِذَا مَسَّ ٱلْإِنسَٰنَ ٱلضُّرُّ دَعَانَا ﴾	يونس
219	**24**	﴿وَٱخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ ٱلذُّلِّ مِنَ ٱلرَّحْمَةِ ﴾	الإسراء
55	**100**	﴿قُل لَّوْ أَنتُمْ تَمْلِكُونَ خَزَآئِنَ رَحْمَةِ رَبِّىٓ ﴾	
115-20	**4**	﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ﴾	النور
151	**33**	﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا ﴾	

172	28	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا﴾	الأحزاب
-175-171-157 191-189-176	49	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ﴾	
55	47	﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمۡ أَنفِقُواْ مِمَّا رَزَقَكُمُ ٱللَّهُ﴾	يس
45	40	﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾	الشورى
04	11	﴿سَيَقُولُ لَكَ ٱلۡمُخَلَّفُونَ مِنَ ٱلۡأَعۡرَابِ شَغَلَتۡنَآ أَمۡوَٰلُنَا﴾	الفتح
-195-194-187 227-197	1	﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾	الطلاق
194	2	﴿فَإِذَا بَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾	
187	4	﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ﴾	
-196-192-58 -205-198-197 -212-211-206 214-113	6	﴿أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ﴾	
69-65-58	7	﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ﴾	
185	28	﴿لِّيَعۡلَمَ أَن قَدۡ أَبۡلَغُواْ رِسَٰلَٰتِ رَبِّهِمۡ﴾	الجن

فهرس الأحاديث

فهرس الأعلام

قائمة المصادر والمراجع

ـ أ ـ

ـــ القرآن الكريم

1- ابن الأثير الجزري: **النهاية في غريب الحديث والأثر**، دار إحياء الكتب العربية عيسى طلباب الحلبي و شركاؤه، سوريا،(د ط ت).

2_ ابن الأثير: **أسد الغابة في معرفة الصحابة**، تحقيق: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط ت).

3-ابراهيم بن أبي اليمن محمد الحنفي: **لسان الحكام**، مطبعة البابي الحلبي القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1393هـ-1973م.

4 ـــ أحمد رضا: **معجم متن اللغة**، دار مكتبة الحياة، بيروت، (د ط)، سنة1379هـــ-1960م.

5- أحمد بن حنبل: **المسند**، تعليق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1416هـــ- 1996م.

6- أحمد الغندور: **الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون**، دار المعارف مصر، الطبعة الأولى، سنة1387هـــ- 1967م.

7- " " " " : **الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي**، مكتبة الفلاح، الكويت،الطبعة الثانية، سنة 1408هـ-1982م،

8- أحمد بن محمد الحنفي الحموي: **غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى،سنة 1405هـــ -1985م.

9 ـــ الأنصاري أبو يحيا: **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب**، دار المعرفة، بيروت، (د ط ت)

10- أنور سلطان: **مصادر الالتزام بالقانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)**، دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان الأردن، الطبعة الثانية،سنة1428هـــ-2007م.

11– الألباني: **إرواء الغليل**، إشراف محمد زهير الشاويش، دار المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة1409هـــ– 1989م.

12- الألوسي أبو الثناء شهاب الدين: **روح المعاني في تفسير القران والسبع المثاني**،دار الفكر،بيروت،(د ط) سنة 1403هـــ– 1983م.

13 ـ الآمدي علي بن أبي علي بن محمد: **الإحكام في أصول الأحكام**، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط) سنة 1403 هـــ–1983م

14– أحمد الجرجاوي: **حكمة التشريع وفلسفته**، دار الفكر، بيروت، (د ط ت).

– ب–

15– الباجي أبو الوليد: **المنتقى شرح الموطأ**، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1332هـــ .

16- الباجوري : **حاشية الباجوري**، المطبعة الأزهرية، مصر، الطبعة الثالثة، سنة 1412هـ-1992م.

17– البخاري: **صحيح البخاري**، اعتنى به: محمد بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،سنة 1422هـــ–2002م.

18 – " ":**الأدب المفرد**، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1409هـــ–1989م.

19- البجيرمي: **حاشية البجيرمي المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأخيرة، سنة 1401هـ -1981م .

20- البهوتي: **الروض المربع شرح زاد المستنقع**، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، (د ط ت).

21–" " : **كشاف القناع**، دار الفكر، بيروت، (د ط ت).

22- "   " : **شرح منتهى الإرادات**. تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1420هـ-2000 م.

23- بدران أبو العينين بدران: **الزواج والطلاق في الإسلام فقه مقارن بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون**، نشر مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية،(د ط ت).

24- أبو البركات: **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، دار الكتاب العربي، بيروت، (د ط ت).

25- البزار: **المسند**، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى(بدأت1408هـ- 1988م، وانتهت1429هـ- 2009م).

26- بطرس البستاني: **محيط المحيط**، مكتبة لبنان، بيروت، طبعة 1870م- 1242هـ.

27- بلقاسم شتوان : **مقاصد الطلاق في الشريعة** ، مجلة المعيار الصادرة عن مخبر الدراسات، العدد 04 ، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة،سنة 1425هـ- 2005 م.

29-البيهقي: **السنن الصغرى** ، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى،سنة(1422هـ/2001م)،

30- "   " : **السنن الكبرى**، مجلس دائرة المعارف النظامية ، الهند ، الطبعة الاولى،سنة 1344هـ .

31- "   " : **معرفة السنن والآثار**، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوعي، القاهرة ،الطبعة الأولى، سنة 1411 هـ - 1991م

- ت-

32- الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة: **سنن الترمذي** ،بتعليق الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، لصاحبها سعد بن عبد الرحمن الراشد، الرياض، سنة 1399هـ- 1979م.

32– التسولي أبو الحسن: **البهجة في شرح التحفة**، ضبط: محمد عبد القادر شمين، دار الكتب العلمية بيروت ،الطبعة الأولى، سنة 1998 هـ–1418 م .

33– ابن تيمية تقي الدين أبي العباس: **القياس في الشرع الإسلامي**، دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1398هـ–1978م.

34_" " " " " " : **الاختيارات الفقهية**، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت، (د ط ت).

– ج–

35– ابن جرير الطبري: **جامع البيان في تفسير القرآن**، دار الفكر بيروت.

36– ابن جزي أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي: **القوانين الفقهية**، تحقيق: محمد أمين الضناوي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة1420 هـ– 2000م.

37– الجصاص: **أحكام القرآن** ، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي،بيروت، (د ط) سنة1412 هـ– 1992م.

38- الجوزي عبد الرحمان بن علي بن محمد **: زاد المسير**، المكتب الإسلامي ، بيروت ، طبعة 1404هـ-1984 م.(د ت)

39ـ الجوهري اسماعيل بن حماد: **الصحاح تاج اللغة و صحاح اللغة العربية** ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، سنة (د ت).

–ح–

40 – الحاكم:**المستدرك**،إشراف: يوسف بن عبد الرحمن المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، لبنان،(د ط ت).

41– أبو حامد الغزالي: **الوجيز في فقه الإمام الشافعي**، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت ،(د ط ت).

42-ابن حبان: **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان**،تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، مصدر الكتاب: موقع مكتبة المدينة الرقمية http://www.raqamiya.org ترقيم الكتاب موافق للمطبوع و بالحاشية.

43-الحجاوي سالم المقدسي: **الإقناع**، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، (د ط ت).

44- ابن حجر العسقلاني أحمد ابن علي: **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، دار المعرفة بيروت.(د ت)

45- " " " " " " : **الإصابة في تمييز الصحابة**، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1412هـ – 1992م.

46-الحجوي: **الفكر السامي**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى سنة 1416هـ، 1996م.

47- ابن حزم أبو محمد: **المحلى بالآثار**، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط ت).

48- الحطاب: **مواهب الجليل**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1412 هـ-1992 م.

- خ -

49- الخرشي: **على مختصر سيدي خليل**، دار الفكر، بيروت،(د ط ت).

50_ ابن خالكان: **وفيات الأعيان**، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1414هـ - 1994م.

- د -

51- الدار قطني على بن عمر: **السنن**، وبذيلها التعليق المغني على سنن الدار قطني للعظيم أبادي، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، (د ط)، سنة 1385 هـ- 1966م.

52-أبو داود: **سنن أبي داود**، تعليق: الألباني، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، لصاحبها سعد بن عبد الرحمن الراشد، الرياض(د ط ت).

53– الدردير: **الشرح الكبير على مختصر خليل**، دار إحياء الكتب العربية بيروت، (د ط ت).

54– " " " : **الشرح الصغير**، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر،(د ط ت).

55– الدريني فتحي: **المناهج الأصولية في الإجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**، الشركة المتحدة للتوزيع ،دمشق، الطبعة الثانية/ 1405هـ –1995م.

56– الدسوقي شمس الدين محمد ابن عرفة : **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دارالفكر، بيروت، (د ط ت).

–ذ–

57– الذهبي: **تذكرة الحفاظ**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ط ت)،

58– " " ": **سير إعلام النبلاء**، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة التاسعة، سنة 1413 هـ–1993م.

– ر–

59-الرازي فخر الدين: **التفسير الكبير ومفاتيح الغيب**، دار الفكر، بيروت، (د ط)، سنة 1403هـ- 1983 م.

60– الرافعي: **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة، (د ط ت).

61– الرملي أبو العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشهير بالشافعي: **نهاية المحتاج إلى شرح المناهج**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1426هـ– 2005م.

62- ابن رشد الجد: **المقدمات والممهدات**، دار صادر، بيروت، (د ط ت).

63 – ابن رشد الحفيد: **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الفكر، بيروت، (د ط)، سنة 1421هـ–2001 م.

- ز -

64- الزبيدي محمد مرتضى: **تاج العروس**، بيروت،دار صادر، الطبعة الأولى،سنة 1306هـــ

الزحيلي وهبة : **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**، دار الفكر، دمشق،الطبعة الأولى سنة 1389هـــ-1970 م.

65- الزرقا مصطفى: **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، سنة 1418 هـــ - 1998 م.

66- " " " " **:الفعل الضار والضمان فيه دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهه**، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1409هـــ-1988م.

67- الزرقاني: **شرح على مختصر خليل**، دار الفكر، بيروت،(د ط ت).

68- " " "**:أصول الفقه الإسلامي**، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، سنة 1986 هـــ-1406 م.

69- " " **:الفقه الاسلامي و أدلته**، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، سنة 1405 هـــ-1985م.

70-الزركلي : **الأعلام**، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الخامسة عشر، سنة 1422هـــ، 2002م.

71- زكي الدين شعبان : **الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية**، منشورات جامعة فاريونس **(د ط)** سنة 1413هـ- 1993م **.**

72- أبو زهرة :**محاضرات في الأحوال الشخصية**، دار الفكرالعربي، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1369 هـ- 1950م.

73- الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي: **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية، **(**د ت**)**.

74- ابن أبي زيد القيرواني أبو عبد الله محمد: **متن الرسالة**، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، سنة 1407 هـ- 1987م.

- س-

75-سراج أحمد محمد: **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1409 هـ- 1989 م.

76- السبكي: **الأشباه والنظائر**، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ،بيروت، الطبعة الأولى، 1411هـ- 1991م.

77- السرخسي: **المبسوط**، دار المعرفة ،بيروت، (د ط ت).

78-ابن سعد: **الطبقات الكبرى**، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، الطبعة 1388هـ - 1968م.

79- السعدي: **تيسير الكريم الرحمن** ،دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ،الطبعة الأولى، سنة 1423هـ -2002م.

80- السنهوري عبد الرزاق: **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1420 هـ -2000 م.

81 ـ " " " " " " :**الموجز في النظرية االعامة للإلتزام**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، (د ت).

82- سيد أمين محمد: **المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن**، رسالة دكتوراه في الحقوق في فقه الشريعة، جامعة القاهرة، (د ط)، سنة 1384هـ- 1964م.

83- السيوطي جلال الدين: **الأشباه والنظائر**، تحقيق عبد الكريم الفضلي، المكتبة العصرية، بيروت، سنة 1423هـ- 2003 م.

- ش-

84-الشافعي أبو عبد الله: **الأم**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1400هـ- 1980 م.

85- " " " " " " : **أحكام القرآن.** تحقيق: عبد الغني عبد الخالق، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1400هـ - 1980م.

86- الشربيني محمد: **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج**، دار الفكر، بيروت، (د ط ت).

87- " " " " : **القضاء في الإسلام**، ص 74.

88- شلتوت محمود: **المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية**، نشر مكتب شيخ الجامع الأزهر للشؤون العامة.(د ط ت).

89- " " " :**الإسلام عقيدة وشريعة**، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى 1403هـ- 1983 م.

شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي الشافعي: **تحفة المحتاج شرح المنهاج**، مطبوع بهامش حواشي الشرواني وابن القاسم، دار الفكر، بيروت، (د ط ت).

90- الشوكاني: **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار وشرح منتقى الأخبار**، دار العلم، بيروت .(د ط ت)

91- الشيرازي أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف: **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1415هـ -1995 م.

- ص-

92- الصاوي: **حاشية بلغة السالك على الشرح الصغير**، دار المعارف، بيروت،(د ط ت).

93-الصابوني محمد علي: **روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن**، منشورات مكتبة الغزالي، دمشق، (د ط ت).

94- الصابوني عبد الرحمن: **نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام**، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة1421هـ- 2001م.

95 " " " " **: مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1403هـ- 1983 م.

96- صبحي المحمصاني: **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية** ، دار العلم للملايين ،بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1392 هـ-1972م.

-ط-

97- الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم: **المعجم الكبير.** تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة العلوم و الحكم ،الموصل ،العراق، الطبعة الثانية، سنة 1404 هـ- 1983م.

98- الطبري: **جامع البيان في تأويل القرآن**، تحقيق:احمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1420هـ- 2000م.

99- طلال عجاج : **المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة**، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، (د ط)، سنة 1425هـ- 2004م.

100- الطوفي: **رعاية المصلحة** ، تحقيق: أحمد عبد الرحيم السايح ،الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، الطبعة الأولى (1413هـ- 1993م).

-ع-

101- ابن عابدين: **حاشية رد المحتار**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 1385هـ- 1966م.

102–بن عاشور محمد الطاهر:**التحرير والتنوير**، دار سحنون، تونس، (د ط)، سنة 1404هـ– 1984م.

103–عاطف النقيب:**النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)، سنة 1401هـ– 1981م.

104–عامر حسين:**المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية**، مطبعة مصر، طبعة الأولى، سنة 1375هـ– 1956م.

105-ابن عبد البر : **الكافي في فقه أهل المدينة** ، ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1407هـ.

106- " " " " : **الاستيعاب في أسماء الأصحاب**، مكتبة مصر، الفجالة، (د ط ت).

107–عبد الحميد الشواربي: **مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية**، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة1420هـ– 2004.

108-عبد الرحمان محمد المبارك فوري : **تحفة الأحوذي** ، دار الكتب العلمية، بيروت.

109– عبد الرزاق: **المصنف**، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي: المكتب الإسلامي، بيروت ،الطبعة الثانية سنة 1403هـ– 1983م.

110–عبد العزيز اللصاصمة : **نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني المقارن**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د ط)، سنة 1422هـ– 2002.

111– عبد الكريم زيدان: **المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم**، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية سنة 1420هـ– 2000م.

112–العدوي علي ابن احمد ابن معرم:**حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة ابي زيد القيرواني**، دار الفكر،بيروت،(د ط ت).

113– العربي بلحاج : **أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط ت).

114- " " " " "**:النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر(د ط)، سنة1419هـ- 2001م.

115- " " " " **:الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الزواج والطلاق)**، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، (د ط)، سنة 1999م.

116- ابن العربي محمد بن عبد الله بن محمد أبو بكر: **أحكام القرآن**، تحقيق: علي محمد البجاوي، دار الفكر، القاهرة، الطبعة الثالثة، سنة 1392ه-1972م .

117-علاء الدين السمرقندي: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1414هـ-1993م،

118- علي أحمد الندوي: **القواعد الفقهية**، دار القلم، دمشق، الطبعة الخامسة، سنة 1420هـ-2000م.

119-علي حسب الله: **الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة و نسب**، دار الفكر العربي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1378هـ- 1968م.

120- علي الخفيف: **الضمان في الفقه الإسلامي**، دار الفكر العربي، القاهرة، (د ط)، سنة 1420هـ- 2000م.

121-علي عصام غصن: **الخطأ الطبي**، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الثانية، 2010م.

122-عليش محمد **: منح الجليل على مختصر خليل**،دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1404هـ - 1984م.

123-عمر كحالة: معجم المؤلفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ط ت).

124- العيني: **البناية شرح الهداية**، دار الفكر، بيروت، (د ط)سنة 1980م.

-ف-

125– فؤاد جاد الكريم عبد الصبور: **حق الزوجين في التفريق بينهما للعيوب**

126_ ابن فرحون: الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط ت).

127–الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب: **القاموس المحيط**،دار الكتاب العربي، بيروت،

(د ط ت).

– ق–

128– بن القاسم عبد الرحمان بن محمد: **إحكام الأحكام شرح أصول الأحكام**، المطبعة التعاونية، دمشق، (د ط ت).

129-القاضي عبد الوهاب : **المعونة على مذهب عالم المدينة مالك ابن أنس**، تحقيق ودراسة: حميدش عبد الحق، دار الفكر، بيروت، (د ط)، سنة 1419هـ-1998م.

130 - " " " " " **:التلقين في الفقه المالكي**، تحقيق ودراسة محمد ثالث سعيد الغاني ، دار الفكر، (د ط) 1415 هـ- 1995م.

131– قدادة خليل حسن: **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،(د ط ت).

132– ابن قدامة موفق الدين: **المغني والشرح الكبير**، دار الكتاب العربي، بيروت، (د ط)، سنة 1403هـ– 1983م.

133–القرافي: **أنور البروق في أنواء الفروق**، دار المعرفة، بيروت، (د ط ت).

134– " " ": **الذخيرة** ، تحقيق أبو إسحاق عبد الرحمن، دار الكتب العلمية ،بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1423هـ– 2003م.

135–القرطبي محمد بن أحمد بن أبي بكر: **الجامع لأحكام القرآن**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ط)، سنة 1405هـ– 1985م.

136-القليوبي: حاشية شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي على شرح جلال الدين بن محمد المحلى، دار الفكر، بيروت، (د ط ت)، ج3، ص 275.

137- القنوجي: **الروضة الندية شرح الدرر البهية**، الشؤون الدينية، قطر، (د ط ت).

138- ابن القيم الجوزية: **أعلام الموقعين عن رب العالمين**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، سنة1397هـ -1977م.

139- " " " " " :**زاد المعاد في خير العباد**،مكتبة المنار الإسلامية،الأردن،الطبعة الرابعة عشر، (د ت).

-ك-

140-الكاساني: **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1400هـ-1980م.

141- ابن كثير: **تفسير القرآن العظيم** ،دار الأندلس، بيروت،(د ط ت).

142-" " " : **البداية والنهاية**، تحقيق علي بشري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1408 هـ- 1988م.

143- الكنشاوي: **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك** ،الطبعة الثانية،دار الفكر،بيروت،(د ت).

- م-

144-مالك بن أنس: **الموطأ**، تحقيق: محمد بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت الطبعة الثانية سنة 1417هـ 1997 م.

145- " " " :**المدونة الكبرى**، دار الفكر، بيروت، (د ط ت).

146- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري: **الحاوي الكبير**، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1414هـ- 1994م.

147- " " " " " " " "" " " " " " : **كتاب النفقات**، تحقيق: عامر يعيد الزياري، دار إبن حزم، بيروت، الطبعة الأولى سنة 1418هـ- 1998م.

148- محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح. تحقيق: مصطفى ديب البغا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الطبعة الرابعة، سنة 1990م.

149- محمد رشيد رضا: **تفسير المنار**، دار المعرفة، بيروت.

150-" " " " : **من له حق التطليق**، رسالة دكتوراه مقدمة بالأزهر(د ط)، سنة 1975 م.

151-محمد رأفت عثمان: **سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمور التي تمنع الاستمتاع**، دار الطباعة المحمدية 3 درب الأتراك، الأزهر، (د ط ت).

152-محمد بن المدني بوساق:**التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي** ، دار إشبيليا للنشر والتوزيع ،الرياض، الطبعة الثانية، سنة1428هـ- 2007م.

153-محمد عبد الرحمن المباركفوري: تحفة الأحودي، دارالكتب العلمية، بيروت، (د ط ت).

154-محمد مصطفى شلبي: **أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون** ،دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية،1397هـ-1977م.

155- محمد الموسى: **نظرية الضمان الشخصي(الكفالة) دراسة مقارنة** ، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 1419هـ- 1999م.

156- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري: **الحاوي الكبير**، تحقيق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1414هـ- 1994م.

157- " " " " " " " "" " " " " " : **كتاب النفقات**، تحقيق: عامر يعيد الزياري، دار إبن حزم، بيروت، الطبعة الأولى سنة 1418هـ- 1998م.

158-محمد مخلوف: شجرة النور الزكية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1423هـ-2003م.

159-مجلة الأحكام العدلية، ألفها مجموعة من علماء الدولة العثمانية سنة 1286 هــ، (د ط ت).

160- محمود الشربيني: **القضاء في الإسلام،** الهيئة المصرية العامة للكتاب،مصر، الطبعة الثانية 1419هــ- 1999م.

161- المرداوي : **الإنصاف،** صححه وحققه محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1406هـ- 1986م.

162- ابن ماجه:**سنن ابن ماجة،** تعليق الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، لصاحبها سعد بن عبد الرحمن الراشد، الرياض، اعتنى به: مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى،(د ت)

163- مسلم بن حجاج القشيري :**صحيح مسلم،** تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي،دار إحياء التراث العربي، بيروت (د ط ت).

164- المرغيناني برهان الدين علي بن أبي بكر: **الهداية شرح بداية المبتدي،** مطبعة الهادي الحلبي، مصر ،الطبعة الأولى، سنة 1389هــ - 1970 م.

165- معوض عبد التواب : **الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية** ، مطبعة الانتصار، مصر،الطبعة التاسعة،سنة 1421هـ- 2001م.

166- ابن مفلح إبراهيم بن محمد بن عبد الله: المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت،(د ط)، سنة 1400هـ- 1980م.

167- المقدسي بهاء الدين عبد الرحمن: **العدة شرح العمدة في فقه إمام أهل أسنة أحمد بن حنبل الشيباني،** دار الفكر، بيروت،(د ط ت).

168 ــ ميارة: **الشرح على التحفة،** دار الفكر ، بيروت،(د ط ت).

169 - المناوي عبد الرؤوف: **فيض القدير شرح الجامع الصغير،** دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، طبعة الثانية، سنة1352هــ- 1972م.

170- ابن المنذر: **الإجماع**، تحقيق الدكتور فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، سنة 1403هـ - 1983م.

171– منذر فاضل: **النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (د ط)، سنة1416هــ– 1996م.

172– منصور عمر المعايطة: **المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية**، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، (د ط)، سنة 1425هــ–2004 م.

173– منير رياض حنا: **المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (د ط)، سنة1429هــ– 2008 م.

174– ابن منظور:**لسان العرب**، دار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، (د ط ت).

175 – مولود ديدان: **قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له رقم 05 09**، المؤرخ في 4 ماي 2005م، دار النجاح، الجزائر، سنة 1425هــ– 2005م.

176- المواقق: **التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل**، دار الفكر بيروت، الطبعة الثالثة، 1992.

– ن–

177– ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم بن محمد: **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ،تحقيق أحمد عزو عناية الدمشقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى ،2002.

178– ابن نجيم زين العابدين: **الأشباه والنظائرعلى مذهب أبي حنيفة النعمان**،دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1413هــ– 1993م.

179– النفراوي أحمد ابن غنيم :**الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني**، دار الفكر، بيروت،(د ط ت).

180– النووي: **مناهج الطالبين وعمدة المتقين**، تحقيق محمد طاهر شعبان، دار المناهج، بيروت، الطبعة الأولى 1426هــ–2005م .

181ـــ " " : المجموع، دار الفكر، بيروت، (د ط ت).

182- " " : روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1405هـ.

183- " " :شرح صحيح مسلم: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، سنة 1392هـــ- 1972م.

-هـــ-

184- ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد: **شرح فتح القدير**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د ط ت).

-و-

185- ابن أبي الوفاء: **الجواهر المضيئة في الطبقات الحنفية**، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2005م.

- ي-

186- يوسف حامد العالم : **المقاصد العامة للشريعة الإسلامية**، دار السودانية للكتب، الخرطوم، الطبعة الثالثة، سنة 1417هـــ-1997م.

فهرس الموضوعات

المقدمة

الفصل الأول

التعويض عن الضرر: مفهومه وأنواعه

الفصل الثاني

إزالة الضرر الناتج أثناء العلاقة الزوجية

الفصل الثالث

تعويض الضرر الناتج عن حل العلاقة الزوجية

الملخّص

الحمد لله، والصلاة والسّلام على رسول الله وبعد: إنّ للعلاقة الزوجية شأن عظيم لذلك سماها الله -عزّ وجّل- ميثاقا غليظا، وهذه العلاقة قوامها المحبة، والرّحمة، وحسن المعاشرة، لتحقيق المقاصد، التي شرّع من أجلها الزواج. ولا يمكن لهذه العلاقة أن تستمر، إلا إذا سادتها السعادة والتوافق بين الزوجين. وقد يأتي على هذه العلاقة ما يعكّر صفوها، فينتج ضررا، ويستمر هذا إلى ما بعد حلّها، فيستلزم التعويض عنه. ومن هنا جاء عنوان هذا البحث.

إن العلاقة الزوجية أهم علاقة يقيمها شخص مع غيره، وإذا استقرّت هذه العلاقة، استقرّ المجتمع بأكمله. والإسلام قد حرص على خلو الأسر والمجتمع من الأضرار، وإزالتها والتعويض عنها إن وجدت، وفي عصرنا الكثير من قضايا التعويض عن الضرر بين الزوجين مطروحة على المحاكم، ومن هنا تتجلى أهمية هذا الموضوع.

ولبحث هذا الموضوع ودراسته، ينبغي أن نناقش الإشكاليات ونجيب على التساؤلات التالية: ما هي الأضرار التي تنتج بين الزوجين؟ وإذا نتجت، فهل يجب الصبر عليها؟ أم يجب إزالتها؟ وما هي الوسائل التي وضعها الشّارع الحكيم لإزالة الأضرار؟ وما هي التعويضات التي أقرّها للطرف المتضرر؟ وما مدى مواكبة قانون الأسرة الجزائري في معالجة الأضرار والتعويض عنها؟

أما عن الأسباب التي دفعتني للبحث في هذا الموضوع، فهي كثيرة ومتنوعة، نذكر منها ما يلي: لدراسة فقه وقانون الأحوال الشخصية، وكون الموضوع في حاجة لدراسة علمية وأكاديمية، وجهل كثير من المسلمين لفقه الحياة الزوجية، للمحافظة على الأسرة، وعلاج الأضرار إن وجدت، كثرة الخلافات بين الأزواج في البيوت والمحاكم، الرد على الشبهات التي تثار حول قانون الأسرة الجزائري.

أمّا عن الأهداف التي أردت أن أصل إليها، من خلال هذه الدراسة، فألخّصها فيما يلي : بيان كيفية جبر الأضرار، التي قد تحدث بين الزوجين، بيان سماحة وعدل الإسلام، في المساواة بين الزوجين، وتبيين مدى موافقة ومخالفة قانون الأسرة للشريعة، في حصر الأضرار، و كيفية إزالتها، وطرق التعويض عنها، وإضافة بحث جديد، للدراسات السابقة، في هذا الموضوع .

وقد تكلم الكثير من الفقهاء القدامى في فقه الزواج والطّلاق، والكثير من العلماء المعاصرين، إلا أنّني لم أعثر على دراسة سابقة تجمع شتات الموضوع، وإنّما وجدت جزئياته مبعثرة في كتب الفقه القديمة، كما وجدت بعض الدراسات للعلماء المعاصرين، تضم بعض مباحثه، ومن بين الكتب التي ضمّت جوانب من هذا الموضوع، كتاب: الزواج والطلاق، لأبي زهرة، وكتاب: الفقه الإسلامي وأدلته، لوهبة الزحيلي، وكتاب: الطلاق ، لأحمد الغندور، وكتاب : الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، لبدران أبي العينين بدران، وكتاب: التعويض عن الضرر، لمحمد بوساق، وإلى غير ذلك من المؤلفات.

ولقد اتبعت في هذه الدراسة ثلاثة مناهج، وهي: المنهج التحليلي، والاستقرائي، والمقارن، فقمت باستقراء جزئيات البحث، وتحليل النصوص وآراء الفقهاء، مع مقارنتها بقانون الأسرة الجزائري .

واتبعت منهجية تضبط هذه الدراسة، فوثّقت جميع النقول، بالرجوع إلى المصادر والمراجع المعتمدة، فذكرت اسم المؤلف، وعنوان كتابه، واسم المحقق إن وجد، ودار النّشر، واسم البلد، ورقم الطبعة وسنة الطبع، إن وجدت. وترجمت لكثير من الأعلام، الذين ذكرت أسماءهم في المتن، و غفلت عن البعض لشهرتهم. ووضعت كلام العلماء بين مزدوجتين. وقمت بعزو الآيات القرآنية إلى سورها، ووضعتها بين مزخرفتين. وقمت بتخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية، ووضعتها بين قوسين كبيرين. وقمت بفهرسة الأحاديث والأعلام والمصادر والمراجع، حسب الترتيب الألفبائي.

وإنّ أهم النتائج التي توصلت إليها، تكون كما يلي: إنّ أحكام الشّريعة جاءت لتحقيق مصالح الناس، بجلب المنافع ودفع المفاسد، وأحكام الأسرة جزء من أحكام الشريعة ، فهي تمنع الضّرر عن الأزواج، قبل وقوعه وتزيله إذا وقع بشتى الوسائل. فالشريعة جعلت الطلاق بيد الرجل ليزيل الضرر عنه، وفي مقابل ذلك أعطت للمرأة حق طلب التفريق، لتزيل عنها الضرر، بالرغم من أن الطلاق أبغض الحلال إلى الله. إن المطلقة شرّع لها التعويض بالمهر، وبالمتعة، وبنفقة العدة، وبأجرة الرضاع، وبأجرة الحضانة والسكن، تعويضا للأضرار المادية والمعنوية، التي تلحقها بسبب الفرقة. وإن الزوج شرّع له التعويض ببدل الخلع، بسبب الأضرار المادية والمعنوية، التي تلحقه. إنّ قانون الأسرة الجزائري قد وافق الشريعة في إزالة الضرر عن الزوجين، بإقراره للطلاق وحق التفريق، وخالفها لما جعل مجرد تعدّد الزوجات ضررا على المرأة ، يعطيها الحقّ في طلب التفريق، أمّا الشروط التي وضعها للتعدد لمنع وقوع الضرر عن المرأة، تخالف الشريعة، وتلحق الضرر بالمرأة والرجل والمجتمع. كما أنه لم ينص على التعويضات، التي أقرّتها الشّريعة للمطلقة، كالمتعة، وأجرة الرضاع، وأجرة الحضانة، في حين نجده ينص على تعويضات، أخذها من قوانين وضعية، كتعويض العدول عن الخطبة وتعويض الطلاق .وفي الأخير أحمد الله أن وفقني إلى إتمام هذا البحث، وأن يجعله دخرا لي يوم القيامة.

Résumé

Louange au seigneur , paix et prières soient sur notre prophète .

La relation conjugale est d'une importance capitale ,c'est pour cette raison que Dieu l'exclate la désigna comme « une relation solide » , cette dernière est basée sur l'amour , la clémence et la bonne entente afin de réaliser les objectifs que le miséricordieuse a fixés.

Cette relation ne peut durer que sauf si le bonheur et la parfaite entente règnent entre époux .

Mais il se peut que cette relation soit perturbée par des comportains malsains ce qui causera des préjudices mutuels et cela peut durer méme après le divorce .

Dans ce cas,des dédommagements sont nécessaires. La relation conjugale est une relation exceptionnelle que l'être humain contracte avec autrui si cette relation est stable ,la société devient stable .

L'islam sauvegarde ce vide social et la société des dommages et les dédommager s'ils existent .Dans notre ére , beaucoup de dossiers relatifs aux dédommagements entre époux ,sont dans nos tribunaux a partir de cela , apparait l'importance de ce thème déposés.

La recherche sur ce thème ainsi que son étude ne doivent se faire qui que si ou parle des problématiques et on répond aux questions suivantes : quels sont les préjudice qui peuvent surgir entre époux ? s'il ya préjudices faut il patienter ? faut il les solutionner ? quels sont les moyens que le « sage » législateur a mis en place pour regler de fintivement ces différent ? quelles sont les dédommagements que doit avoir la victime ? est ce que le code de la famille .

Les raisons qui m'ont poussée » à faire un exposé sur ce théme sont multiples et divers , Je cite étude de la théologie et des lois concernant les comportements des divorces ce sujet est scientifique et aussi académique l'ignorance de beaucoup de musulmans de la théologie parlant de la vie groupale de sauvegarde de la cellule familiale des préjudices qui apparaissent

, les multiples désaccords entre époux dans les foyers , et les tribunaux et , d'éclaircir les contre diverse sur le code de la famille .

Les buts que je suis fixé pour les attendre à travers cet exposé je les résume en ceci :

- Montrer comment réduire les dommages qui peuvent surgir entre époux.
- Vent surgir entre époux
- Montrer la tolérance et l'équité de l'isslam entre époux
- Montrer que le code de la famille est compatible / non copatible avec la c***hariaa*** dans le règlement des dommages et leur reduction et moyen utilisés pour dédommages
- Ajouter un nouveau exposé aux études antérieures concernant ce thème

A nombreux anciens éthologues ont parlé du « fikeh » du mariage et de divorce ainsi que beaucoup de éthologues contemporains néanmoins , je n'ai pas trouvé d'anciennes études relatant des parleur de ce théme .par contre j'ai trouvé quelques textes éparer dans les anciens livres de la théologie et chez des contemporaines dans leurs recherches .

Parmi ces ouvrages qui ont trait à des chapitres de ce théme le livre « le mariage et le divorce « de Ali Zohra et le livre « la théologie islamique et ses arguments de Louhaba Ezzouhaili , et le livre « le divorce « de Ahmed Elghandour ; le livre « le mariage et le divorce dans la chariaa islamique de LBADRANE ABI ELAAININE BADRANE et le livre « dédommagements « de Mohamed Boussak ainsi que d'autres ouvrages .

J'ai suivi dans cette étude trois méthodes à savoir la méthode analytiques avec une comparaison faite sur le code de la famille algérienne .

J'ai appliqué la mythologie afin de bien cerner cette étude j'ai noté les testes en se référant aux sources et j'ai cité le nom de l'auteur ,le titre de son livre, le nom du réalisateur s'il existe ,la maison d'édition, le nom du pays , le numéro et l'année de son édition ,j'ai traduit beaucoup les personnages dont les noms ont été cites , j'ai mis les paroles des éthologues entre crochets , j'ai mis les numéros des versets dans les sourates , j'ai extrant les hadits de leur source authentique ,je les ai mis entre parenthèses ,j'ai fait un sommaire

dans lequel les hadite , les sources et les références sont classés suivant l'ordre alphabétique .

Parmi les résultats importants auxquels je suis arrivé :

- Les règlements de la chariaa ont été faits pour sauvegarder les intérêts des personnes en leur procurant du bien et leur évitant le mal .
- Les lois du code de la famille sont une partie de chariaa ces lois évitent aux époux des dommages avant que cela ne se produisent et font en sorte que ces dommages soient éradiques en utilisant tous les moyens .

La chariaa a fait du divorce un pouvoir que détient l'homme sous sa volonté et lui seul peut dédommager par contre , elle a donné à la femme le droit de demander le divorce , à la séparation bien que le divorce soit la condition licite que dieu n'aime pas . la femme divorcée a droit au dédommagements de sa dote mottaa ، iddaa ، les frais de l'allaitement de la garderie et du logement .

- Tout cela en dédommagements des préjudices moraux et matériels a cause de cette séparation quand au main , la charia celui fait bénéficier des dédommagements kholla a cause des prejudices moraux et matériels qui compatible .

  Le code de la famille est coupable avec la charia concernant la réduction des dommages pour les deux époux en abrogeant le droit au divorce et a la séparation cependant il est en contradiction avec la charia quand il considère la polygamie comme préjudices subit par la femme et lui donne ce droit de demande le divorce .

  Aussi les condition s causent des préjudices à la femme a l'homme et à la société .

Le code de la famille ne cite pas les dédomagements que la charia a fait pour la femme divorcée tel mottaa les frais d'allaitement et de la gade alors qu'on trouve des dédommagements pris de lois par exemple renonce aux fiançailles le dédommagement suite au divorce . a la fin , je prie Allah de m'avoir assisté à parachever cet exposé et que ce dernier soit un bienfait gardé jusqu'au jugement dernier .